

Yndice

legato por el Sr. Duque de Medina de las Torres en respuesta al Marques de Leganes.
...m por D. Pedro de Cordoba y Valencia en el id. con D. Pedro Ladron de Guevara.
...m por Fran.co Rodriguez Zatorre y otros en el id. con D.a Ana Alvarado.
...por Francisca de Bohorquez en el id. con Andres de Molina.
...Alonso Castellon en el id. con D.a Maria de Ribera.
...Lic.do Alonso de Leon en el id. con Geronimo Tellez de la Quadra.
...por D. Pedro Lopez en el id. con D. Geronimo Arias Huertas
...D. Luis Beltran en el id. con D. Francisco Yrarregui
...D.a Francisca Toxeda y D.a Fran.ca de Torres en el id. con Gonzalo de Ziezar y otros.
...Juliana Garcia en el id. con Pablo Pinar.
...por D. Pedro Ladron de Guevara en el id. con D. Pedro de Cordova.
...D. Guillen de Roda en el id. con D. Luis y D. Geronimo de Roda.
...Juan de Vega Blazquez en el id. con el Convento de S. Agustin de Marchena.
...por D. Francisco de Moya en el id. con D. Juan Alonso de Moreno y Pozo.
...Alonso de Villalta y Ribera en el id. con D.a Ysabel de Robles y consortes.
...Catalina de Madrigal en el id. con Diego, Pedro y Miguel sus hermanos.
...D. Antonio de Figueroa en el id. con Gonzalo de Sea.
...D.a Teresa de Gamboa en el id. con Francisco de Galvez
...D. Juan de Poblaciones y Vedoya en el id. con Sebastian Marion.
...por Juan Martin de Haria en el id. con Miguel de Medina.
...el Convento de Sta Clara de Montilla con los hered. de la Religiosa D.a M.a Herrera.
...D. Bartolome Tamarin en el id. con Pedro Gonzalez de la Torre.
...los Patronos del que fundo Luis Villegas en el id. con D.a Mariana de Villegas
...D. Geronimo de Roda en el id. con D.a Catalina de Roda.
...por D. Agustin del Castillo y D. Josef y D.a Maria Aldrete.
...D.a Ana y D. Juan Manuel Mendoza en el id. con D.a Maria Enao.
...cion a la informacion hecha por el Lic.do Francisco Leon en el id. con Geronimo Tellez

...zarcollar. y

28. Alegacion por D. Antonio de Figueroa en el pleito con D. Gonzalo de Zea.
29. Idem por D.ª Angela Cotta y Arellano en el id. con los niños expositos de Sevilla.
30. Discurso apologetico por los niños expositos en el anterior.
31. Alegacion por Guillen Lud y Jaques Chavin en el pleito con la casa pia de los Flamencos
32. Idem por el Lic.do D. Rodrigo Bote en el id. con Martin de Atena
33. Idem por D.ª Isabel de Ribas en el id. con Alonso Ruiz.
34. Idem por los niños expositos de Sevilla en el id. con D.ª Angela Cotta
35. Idem por D.ª Angela Cotta en lo mismo.
36. Idem por el Lic.do Francisco Lopez en el id. con D.ª Catalina Altamirano.
37. Segundo id.
38. Idem por D.ª Juana de Hoyos en el id. con D.ª Juana de Rojas
39. Idem por el Jurado Mateo Arce en el id. con Cristobal de Vilches
40. Idem por D.ª Agueda Ramirez en el id. con Andres de Lara.
41. Respuesta del Colegio de Niñas Huerfanas de Cordoba en el id. con D.ª Isabel de Valdivia
42. Alegacion por Juan Lorenzo en el id. con Maria Ybarra de las Infantas.
43. Idem por el Mtro. D.n Andres de Cuna en el id. con D.ª Fran.ca de Ovando y D.ª Fran.ca de Jerez.
44. Idem por D. Juan de Ovando en el id. con Antonio Juan.
45. Idem por el D.r Lorenzo de Sotomayor en el id. con Francisco de Arce
46. Idem por Gaspar de Roxas en el id. con D. Juan de Ribera.
47. Otro id. id.
48. Idem por Martin de Urquiola Larrauri con D. Domingo de Arce
49. Respuesta al anterior.

EL SEÑOR DVQVE DE MEDINA de las Torres, Marques de Toral, Sumiller de Corps de ſu Mageſtad, y de ſu Conſejo de Eſtado.

EN

Reſpueſta de los papeles dados por el ſeñor Marques de Leganes, Conde de Butarque, Teniente General de ſu Mageſtad, de ſu Conſejo de Eſtado, y Preſidente en el de Italia. Y por el Marques de Morata ſu hijo.

SOBRE

LA TENVTA DEL ESTADO DE SANLVCAR Marqueſado de Mayrena, Condado de Açarcollar, y ſus agregados.

EL SEÑOR DVQVE DE MEDINA de las Torres, [illegible]

[illegible]

[illegible]



VNQVE ha muchos dias, que por el señor Marques de Leganes, y por el Marques de Morata su hijo, se dio vna informacion, fundando sus derechos al Estado de San-Lucar, los Abogados del señor Duque de Medina no han tratado de responderla, por juzgar, que todo quanto en ella se dize, està concluyẽtemẽte satisfecho, en el papel, q̃ por su parte se ha escrito, y por no molestar a los señores Iuezes, con repetir los mismos fundamentos. Y si bien los Abogados del señor Marques atribuyen à auer tenido en nuestro poder su informacion, el hallarla respondida, se engañan en este concepto, porque antes si la huuieramos visto, no nos huuieramos diuertido a puntos diferentes, de los que en ella se contienen, y no nos opusieran aora en algunas partes de su respuesta, que el señor Marques no insiste en lo que nos detenemos: pero como no teniamos mas luz para gouernarnos, que sus alegatos, fue fuerça responder a las oposiciones que en ellos se hazen, por no constarnos la reserua, de que vnas se proponian para proseguirlas, y otras para desampararlas, y como en nuestra estimacion todas estriuã en iguales fundamẽtos, flacos, y desnudos de justificacion, tan de proposito respondimos a las vnas, como a las otras, no disimulando objecion alguna por leue que pareciesse.

Despues desto se ha dado segundo papel por el señor Marques, que se intitula, respuesta al del señor Duque, y aunque sin embargo desus replicas, pudieramos contentarnos con la primera informacion, sin tomar la pluma segũda vez, cõ todo hemos querido jugar de las mismas armas, escriuiẽdo de nueuo, para mayor manifestaciõ del derecho claro, q̃ asiste al señor Duque, sin embaraçarnos en satisfacer a todas sus proposiciones, clausulas, y palabras por menor, por no incurrir en el vicio que nota Quintiliano *lib. 5. instit. orat. cap. 13.* his verbis: *Alij diligentia lapsi verbis etiam, vel sententiolis omnibus, respondendum putant, quod est, & infinitum, & superuacuum.* Y porque muchos de los discursos contrarios, por si mismos se desvanecen, sin q̃ se necessite de mas respuesta, que leerlos, vt ait D. Irinæus *lib. 1. aduersus hæreses victoria erit illius sententiæ manifestatio*

Y tambien porque fuera necessario multiplicar las respuestas, al passo que los Abogados del señor Marques repitẽ las mismas proposiciones, mezclãdo vnos puntos, quando se trata de otros, passando a valerse de oposicion diferẽte, a que se dà satisfacion en otro lugar, y lo que mas es, asientan en casi todos los numeros de su respuesta, en quanto al hecho, lo mismo que se controuierte, y suponen, que el señor Conde Duque estuuo phrenetico, quãdo otorgò el poder, que la señora Condesa lo declarò asi, que Bernardino de Benauides, no es Escriuano fiel, y legal, que los testigos del señor Duque se contradizen, y padecen muchas tachas, y que el poder es nulo, y sospechoso, y esto es responder con la question, como dize el texto, *in l. Imperatores, ff. tut. & ration. distrah.* ibi: *Cum hoc ipsum quæratur, an aliquid tibi a tutoribus, vel curatoribus debeatur, non habet rationem postulatio tua volens in sumptum* os

ab his tibi pecunia subministrari, quando en cada vno destos pũtos, se discurre separadamente, de adonde se ha de tomar la calificacion de lo que està probado, no de las suposiciones contrarias.

Aunque sin embargo destos esfuerços, no pueden ya los Abogados del señor Marques disimular lo que en su primer papel, presumimos ocultaron de proposito, haziendo solo las oposiciones, dandose por desentendidos de las replicas, como si abogaran sin contrario, vt escribit Quintilian. *dict. lib. 5. instit. orat. cap. 13. ijs plerumque, quæ composita domo attulerunt contenti, sine aduersario dicunt.* Pero a la vista de la informacion del señor Duque, les es preciso responder a todo, y assi lo protestan, aunque (como se irà viendo en este papel) no cumplen con la promesa, porque vnas veces ingenuamente, se desisten de algunos defectos contra el poder, de que hasta aora auian hecho grande caso, y otras hazen este mismo reconocimiento, sino expressa tacitamente, omitiendo puntos muy principales, ò passando por ellos leuemẽte, y sin reasumir los fundamentos mas fuertes de nuestra parte, que son conuencimientos de la justicia clara del señor Duque, y no ha podido tanto el estudio de Abogados tan grandes, que la ayan escurecido, antes bien con el demasiado desvelo, descubren mas la flaqueza de la causa que defienden, nam vt ait Ouidius.

Causa patrocinio non bona, peior erit.

Seguiremos pues el orden de su respuesta, que es el mismo que guardamos en nuestra informacion, no oluidando su primer papel, en lo que nos pareciere conueniente responderle.

ARTICVLO PRIMERO.

1 En el numero primero, y los siguientes hasta el 17. procuran responder los Abogados del señor Marques a lo que se funda en la informacion del señor Duque, a nu. 1. vsque ad num. 8. que el testamento del año de 42. de que se vale el señor Marques, quedò ipso iure reuocado con el poder del año de 45. en cuya virtud, y de las disposiciones posteriores, pide la tenuta destos Estados el señor Duque de Medina, y que assi entra en esta competencia con ventaja conocida. Y siendo esta proposicion textual, y indubitable, dizen q̃ se ha de entender con la limitacion, de que el testamẽto segundo sea perfecto: porque de otra manera no deroga al primero, *§. posteriore, Instit. quib. mod. testam. infirmitat. l. sancimus, C. de testament. l. si filius de liber. & posthum. l. si iure, de legat. 3.*

2 Y aunque no siempre se requiere que aya testamento segundo perfecto, para que quede reuocado el anterior, como en muchos casos resueluen *Stephan. Gracian. tom. 3. disceptat. cap. 491. num. 41. & cap. 558. & tom. 4. cap. 763. Ludouis. decis. 446. Castillo tom. 4. cõtrouers. cap. 29. num. 21.* Mantica *de coniectur. lib. 2. tit. 15. à nu.* 18. No necessitamos desta respuesta, ni es nuestro intento entrar en la disputa, de que aun que

que se declarasse por inualido el poder, toda via el testamento del año de 42. auia quedado sin fuerça, y cōsiguientemente que el señor Conde Duque auia muerto abintestato; sino solo assentar la regla, de que por el testamento segundo se reuoca el primero ipso iure, y que entretanto que por el se funda en la disposicion anterior, no se haze notorio el vicio de la vltima, se ha de estar a ella.

3 Lo qual es tener fundada de derecho el señor Duque su intenciō; por ser el poder de que se vale vltimo, y reuocatorio de los testamentos antecedentes, y aunque los Abogados del señor Marques en estos numeros, y mas abaxo en el num. 77. dizen que no es cierto, que funda de derecho el que tiene por si el testamēto segundo: porque es necessario que primero se verifique ser valido, y perfecto, para que el anterior quede reuocado.

4 No podemos dexar de estrañar proposicion tan nueua, y tan destituida de fundamento legitimo: siēdo conclusion constante, y que no tiene contraditor, que segun derecho funda su intencion, el que se vale del testamento segundo, como prueuan los Autores referidos en el num. 40. de nuestro primer papel, q̄ se omitieron en la respuesta contraria, conociendo quan dificil empressa fuera intentar responderlos, y no se pudiendo poner en controuersia, que es regla llana, que con el testamento posterior ipso iure, se reuocan los anteriores, es preciso confessar tambien, que el que tiene la regla en su fauor, funda de derecho, *Dec. cons. 475. n. 3.* ibi: *Ex his videtur fundata intentio pro vltimo testamento; quia qui habet regulam pro se, dicitur habere fundatam intentionem,* Mascard. *de probat. conclus. 1267. verbo regulam,* Barbos. *axiomat. 198. num. 2.*

5 Y que el testamento segundo aya de ser perfecto, no es contrario a esta proposicion: porque en mostrādose no roto, ni cancelado, y con numero bastante de testigos, y sin vicio visible, tiene en su fauor todas las presumpciones de verdad, y solemnidad para su firmeza, y perfeccion, ex *l. fin. C. de adict. D. Adrian. Tollend. & l. cum precum, C. de probat.* & notatis in prima, num. 8. & num. 39. Ciriac. *controuers. 426. num. 2.* ibi: *Sola apparientia testamenti prima specie, & prima fronte legitimi ob nullum in eo visibile vitium, iudex tenetur cōcedere dictam immissionem, quamuis alias posset pati aliquem defectum inuisibilem.* Vnde, mientras no se prueua lo contrario por el interessado en la disposicion anterior, se ha de estar al testamento postrero, sin mas necessidad de calificarle, que en quanto a su forma externa, y a las solemnidades extrinsecas, y esto es lo mismo que fundar de derecho, ò tener por si presumpcion legal. Y no dezimos que si el señor Marques huuiera verificado concluyentemente (como es su obligacion) el defecto que opone al poder, y la falta de voluntad del señor Conde Duque, por auer estado quādo le otorgò sin juizio bastante, auia de vencer en este juicio el señor Duque, solo por presentar testamento posterior, sino que entretāto q̄ no està clara la excepciō opuesta del furor, tiene fundada su intencion por derecho.

6 Los autores que se alegã por el señor Marques, no dizen cosa en contrario:porque Petr. Surd. *cons.* 373.*à num.*22.refiriẽdo en el num. 4.& 5.de su respuesta, solo afirma, que el segundo testamento imperfecto, y inualido no reuoca el primero, ex *l.si iure,de legat.*3.Pero no niega que en el interin que claramente no se prueua la nulidad del segundo, no se aya de estar a el,que es el efecto de que funde de derecho, tranfiriendo la carga de prouar en el que contra el alega alguna excepcion, y el mismo Surd:expressamẽte *cons.*350. *num.*8.& *cons.*414.*num.*22. reconoce,*quòd qui habet pro se vltimum testamentum,dicitur habere intentionem fundatam.*

7 Y Ciriaco *controuers.*360.*tom.* 2.alegado en la respuesta del señor Marques en el *num.*8.no es en su fauor:porque en el *num.* 41. asienta esta misma conclusion,his verbis: *In dubio autem videtur iudicandum pro D.Lanfranquino; quia qui habet secundum testamentum pro se,habet fundatam intentionem,*y quando despues en el *nu.*109.dize: *Neque secundum testamentum fundat intentionem hæredis,nisi quando est validum, secus vbi est inualidum:*Hablò ya en el caso de auerse disputado del testamento segundo,y constar notoriamente, que por el no auia quedado reuocado el primero,que contenia clausula derogatoria, y no negamos que la presumpciõ del derecho se elide por prouança contraria, y solo mientras no la ay clara,y notoria, cõcedemos la ventaja de derecho al que se funda en disposicion testamentaria vltima.

8 En el *num.*9. se pondera la *l.* 3.*tit.*14.*part.*6. para que no se aya de atender a la posterioridad del testamento,sino a su valor, y justificacion;pero como este conocimiento se haze en vn juizio sumario, y executiuo,las excepciones que se opusieren contra el testamento segundo; se han de prouar incontinenti claras, y indubitablemente, como fundamos en la informacion primera, à *num.*41.& dicemus infra à *num.*

Y no se haziendo assi, es preciso que preualezca el testamento postrero, que tiene la assistencia del derecho; lo qual amplia Ant. Gom. *in l.* 45. *Tauri,num.*149.*vers. Aduertendũ,* aunque de la anterioridad conste solo por la colocacion en el protocolo del escriuano,ibi: *Bene tamen credo, quod superior limitatio, quæ habet, quod si constat ex protocolo, seu registro tabellionis,vel notarij de posterioritate testamenti,procederet, & haberet locum etiam hodie, vt illud testamentum, quod appareat posterius præferatur,& certè est hodie noua,& subtilis limitatio,& declaratio ad dictam legem partita,* y assi esta ley no solo es contraria,sino fauorable,y prueua que en duda siempre el testamento vltimo es preferido.

9 En el *num.* 11. se alega à Argelo *de legitim.contrad.quæst.* 2.*art.* 1.*à num.*45.y este autor no dize que quien tiene en su fauor testamento postrero,no funda de derecho,sino q̃ se admite por legitimo contraditor, el que viene con primer testamento; pero con la carga de verificar sumariamente, que no quedò reuocado por el segundo,que es lo mismo que tener por si la regla, y la presumpciõ de derecho,el que se funda en el vlti

mo

mo. Y en el num. 35. auia assentado: *Quòd testamentum prius ruptum esse notorie apparet per instrumentum posterioris testamenti, quòd facit notorium.* De que se infiere ser conclusiõ innegable, que aunque el señor Marques de Leganes ha de ser oido en este juizio, por valerse del testamento del año de 42. no puede vencer, si no es calificando incontinenti clara, y manifiestamẽte, que no quedò derogado por el poder, por ser su pretẽsion contra la regla, y presumpcion juridica, que asiste a la vltima disposicion.

10 Insisten desde el num. 12. de su respuesta en lo mismo que auian intentado fundar en su primer papel num. 190. con Ant. Fabr. *de errorib. tom. 3. decad. 68. error. 1.* que el testamento inscriptis solemne anterior, no se reuoca por el testamento segũdo nuncupatiuo, y hallando preuenidas las respuestas concluyentes a esta autoridad en nuestra informacion en los num. 5. 6. & 7. y no añadiendo cosa de nueuo cõtra ellas, las dissimulan, y dizen que no respõdemos a este lugar otra cosa, que ser singular, siendo asi, que en el num. 5. & 6. està prouado que qualquiera testamẽto por solemne que sea, aunque tenga veinte testigos, se reuoca por el posterior nuncupatiuo, como contenga las solemnidades que el Derecho, ò algun priuilegio particular requieren, & præter ibi relatos tenent Menoch. *cons. 275. num. 1. & cons. 1020. num. 19. & 20.* Fontanell. *decis. 203. to. 1.* por vna razon clara, y sin respuesta, que se ofrece luego; pues siendo el testamento vltimo valido, y perfecto en su genero, es preciso que por el quede derogado el anterior, sea, ò no sea mas solemne, y es tan cierta esta proposicion, que el mismo Anton. Fabro no se atreuio a negarla, *dict. error. 1.* en las palabras referidas in prima, num. 7. y solo en lo que se opone al corriente de todos los interpretes, es en querer que en el testamẽto nuncupatiuo vltimo aya clausula reuocatoria, para que derogue al solemne inscriptis anterior, qnestion q̃ no es deste caso: porq̃ en el poder ay clausula reuocatoria expressa de todos los testamentos primeros, y nunca la opinion de Fabro contra la comun puede hazer peso, y mas careciendo de fundamentos legales.

11 Desde el num. 18. hasta el n. 75. intentan responder a las ponderaciones hechas en la informaciõ nuestra a num. 9. vsque ad num. 36. cerca de los diferentes actos con que se hallan executados, reconocidos, y aprobados, el poder, y los testamentos hechos por la señora Condesa en su virtud, con ciencia, y paciencia del señor Marques de Leganes, y Marques de Morata, y en el nu. 19. replican al acto de auer tomado la señora Condesa possession destos Estados, en virtud del poder, y auer permanecido en ella mientras viuio, q̃ no puede perjudicar al señor Marques, que hasta despues de la muerte de don Gaspar Marques de Mayrena, no tuuo noticia del testamento del año de 42. ex *l. si a substituto, de leg. 1. l. fundo legato ad l. falcid.* & Pereg. *de fideicomm. art. 40. num. 83.* A que se responde con facilidad, que no es cierto, que el señor Marques no tuuiesse noticia del testamẽto del año

de

de 42.luego que se abrio, que fue inmediatamēte a la muerte de la señora Condesa, y que este primer acto, y el siguiente que se pondera en el n. 10.de no auer opuesto el señor Don Luis de Haro contra el poder el defecto del furor, tienen fuerça contra el señor Marques, por la presumpcion que resulta en fauor del instrumento, que se halla obseruado, y executado, *ex cap.contingit,de transact. & alijs adductis in nostra à nu.* 12.Sin que para esto se necessite de la ciencia,y noticia del interessado,y quando se requiriera,en los numeros siguientes se representan muchos actos de tal calidad, que inducen en el señor Marques, no solo aprobacion tacita, sino expressa de la vltima disposicion del señor Conde Duque,cō q̄ son en nuestro fauor las doctrinas referidas.

12 En el num.20.y los siguientes hasta el n.28.quieren dar satisfacion al acto de quo in nostra à n. 10. de no auer el señor don Luis de Haro alegado contra el poder la excepciō del furor,y dizen,que por su parte se pidio la tenuta en virtud de la fundacion del año de 24.y que esto fue desestimar el poder, y no calificarle, principalmente no auiendose llegado a controuertir, ni disputar su valor. Y en esta respuesta conceden quanto deseamos: porque en aquel pleito el señor don Luis no fundaua su derecho en que el poder era nulo, por defecto de volūtad, ò de solemnidad,y solo pretendia, reconociendo ser firme,y valido,que sin embargo auia de suceder en estos bienes, por la agregacion hecha dellos al Estado de Oliuares en la escritura del año de 24. y la señora Condesa replicaua,que la agregacion auia quedado desvanecida: porque el señor Conde Duque se auia dexado facultad reseruada de poder disponer de ellos como quisiesse, y que auia vsado della,nombrandola por su heredera vniuersal,y si el señor don Luis pudiera derribar el poder por algun medio,quedaua su justicia sin competencia,y pues no lo intentò,es preciso reconocer que le tuuo por valido con tanta seguridad, que nunca insinuò duda contraria, y esta es eficacissima presumpcion en fauor del poder:porque si fuera cierto que el señor Conde Duque no auia estado en su entero juizio, quando le otorgò,y que en quanto a esto corria el rumor,y voz publica,que quiere dar a entender el señor Marques,no omitiera esta alegacion el señor don Luis en pleito,que con tanto calor se seguia por su parte, sin perdonar defensa alguna,y pues en aquel tiempo en que por la cercania,estaua fresca, y viua la noticia de lo que auia passado,no se opuso el defecto de la sana mente,bien se conoce quan sin fundamēto es auerle opuesto tanto despues.

13 Reconociendo la fuerça deste argumento,dizen en el num.21.q̄ bastò la alegacion generica de no ser valido el poder,y no consta que el señor don Luis alegasse,ni aun vaga,y genericamente, que fuesse nulo, y quando lo huuiera hecho no tuuiera fuerça el libelo como confuso, y inepto, y en que no se especificaua la causa de la demanda,y no se pudiēdo aplicar mas à vna que a otra,se deuia desestimar,y repeler,*ad notata in*

cap.

cap.examinata de iudic. & *in cap.* 1. & 2.*de libelli oblat.* Vant.*de nullitat. ex defect.proces.a num.* 22. Marant. *in specul.4.part.distinct.* 9. *num.* 13. Zanger.*de except.part.2.cap.* 14. Y mal se pudiera defender la señora Condesa,con quien se litigaua,de semejante excepcion, no estando deducida,ni pudiera caer la prueua sobre ella,no estando articulada, *l.* 1. *tit.6.lib.4.Recop.*Pinel.*in l.* 2. *C.de rescind.vend.3.p.cap.3.num.* 24. & *num.*28.Y la *decis.*de Giurba 77. nu. 12.que se alega en el num. 23. no es apropósito: porque aunque se ha visto pedir la restitucion in integrum,quien pide lo que sin ella no se le puede conceder, el señor don Luis no pedia la tenuta destos Estados,por titulo que necessitaua de q̃ el poder fuesse nulo,sino por la vniõ anterior,que como està dicho,se cõpadecia con su valor.

14 En el num.24. se dize; que el señor don Luis no alegò el defecto de juizio,viuiendo la señora Condesa:porque en qualquiera caso, siẽpre era vsufructuaria por sus dias, y quieren dar a entender, que suspendio hazer esta oposiciõ para despues de su muerte,y fuera de que es adiuinar lo que no le passò por el pensamiento al señor don Luis, y que con tal suspension enflaquecia notablemente su derecho, el efecto descubrio lo contrario; pues aunque faltò la señora Condesa, y se prosiguio el pleyto con el Marques de Mayrena, nunca se valio de tal excepcion. Y añadir en el num.25.que el señor dõ Luis no tenia grande vtilidad en que el señor Cõde Duque huuiesse muerto abintestato,por auer de concurrir a su herencia con sus dos tias la señora Condesa de Monterrey, y Marquesa de Alcañiças,es consideracion que manifiesta quan faltos estan los Abogados del señor Marques de respuestas prouables; pues hazen caso de cosa de tan poca substancia: porq̃ el señor don Luis no solo interessaua el suceder,como vno de tres herederos,desvanecido el poder, sino entrar en todos los bienes enteramẽte, que auian quedado por muerte del señor Conde Duque,en fuerça de la vnion,y agregacion anterior.

15 A los numeros 25.26.27. & 28.respondemos con la misma *l.* 1.*de except.rei iudicat.* que en contrario se pondera; pues luego que murio el señor Conde,el principal interessado,y que como tal litigò con el pretexto de la disposicion del año de 24.fue el señor don Luis de Haro,y assi lo obrado por el,induce aprouacion del poder,ò por lo menos reconocimiento de su valor en la parte q̃ mira al sano juizio con que se otorgò;pues con mejores, y mas proximas noticias, que el señor Marques, nunca opuso lo contrario.

16 Al acto de auer consentido expressamente el señor Marques,que administre estos Estados solo el señor Ioseph Gonçalez, y que haga los nombramientos en conformidad de las disposiciones de la señora Condesa, siendo vno, y otro contra lo dispuesto en el testamento del año de 42.responden los Abogados del señor Marques; refiriendose a lo mismo que tenian dicho en los numeros 246.247.& 248.de su informacion primera, donde dizen, que este consentimiento se dio con protesta de

que quedassen ilesos sus derechos, y para prueba desta calidad citan el n. 1176. del mem. en el qual no se contiene mas q̃ vna desnuda alegaciõ del Marques de Morata, en que lo dize, pero no consta que passasse asi, y quando fuera cierto el presupuesto, no aprouechara al señor Marques tal protesta, en acto que necessariamẽte deuia consentir por el derecho que se auia adquirido al señor Ioseph Gonçalez de entender en la administracion destos bienes solo, y sin adjuntos por las disposiciones de 45. ex doctrin. Bart. *in l. Nasenius not. 1. de negot. gest. glossa in l. alimenta C. eod.* Canonistæ *in cap. cum M. Ferrariensis, de constit.* Surd. *cons.* 143. *num.* 13. Amato *tom. var. resolut.* 60. *nu.* 19. Y lo que no tiene duda, es, que en quanto a los nombramientos de ministros, y oficiales, no han reclamado, ni protestado el señor Marques, y su hijo, y quando la forma de la administracion presente, no les fuera de perjuizio, se les causara el consentimiento de q̃ el señor Ioseph Gonçalez distribuya, y reparta estos cargos, conforme a la voluntad de la señora Condesa, con que las conclusiones q̃ se fundan desde el n. 12. no son superfluas, como se dize en el n. 30. de la respuesta del señor Marques, sino muy del caso deste pleito, y no por ordinarias se deuen desestimar, quãdo con ellas se prueba el derecho claro del señor Duque.

17 En el num. 31. hasta el n. 36. quieren satisfacer a lo que se funda en el nu. 19. & 20. de nuestra informacion, en quanto al acto de auerse tomado la possession destos Estados, por parte del Marques de Mayrena D. Gaspar, como sucessor en ellos, y heredero de la señora Condesa, y dizen que la possession no la tomò, sino en virtud de la renunciacion del vsufructo, que dos dias antes auia otorgado en su fauor la señora Condesa. Lo qual es incierto, porq̃ la possessiõ se pedio por el Marques de Taraçona en nõbre del Marques de Mairena despues de la muerte de la S. Cõdesa, por el titulo de su heredero, y aũq̃ se mezclò tãbiẽ el de vsufructuaria, este ya no era titulo, porq̃ el vsufructo cessa con la muerte, §. *finitur inst. de vsufruct.* Vnde, la possession precisamẽte se ha de atribuir al titulo valido, nõ enim adquiritur ex titulo inualido ex veriore opinione, *l. 3. §. sciendum, l. si eum qui 16. l. inter virum 46. de donat. int. Caualcan. de tutel. nu.* 152. *Tiraquel. de iure constit. 3. part. lim. 9. Giurb. decis. 24. num. 31. Menoch. cons. 1095. n. 6.* y al titulo que le fuesse mas vtil, *ex his qua adduximus, d. num. 20.* Y el Marques de Mayrena despues continuò su possession, como sucessor en estos Estados por las disposiciones de 45. y quando pudiera auer posseido por titulo diferente, se auia de estar a su declaracion, *Marth. cons. 7. nu. 95.* Y bastara que le huuiera sobreuenido este titulo para que sin otra declaracion, huuiera mudado la causa de su possession, vt probauimus in prima n. 421.

18 Sin que obste, que el Marques de Tarazona no tuuo poder para mas que tomar la possession en virtud de la renunciacion del vsufructo: porque quãdo esto fuera asi, supliera la ratificacion subsiguiente de la parte el defecto del poder, *l. vltim. C. ad. Macedon. l. vero 12. §. fin. de solut.*

lut. Alex. *conſ.* 110. *ſub numer.* 2. *verſ. Præterea*, Menoch. *conſ.* 139. *nu.* 75. Ludouiſ. *deciſ.* 50. *numer.* 4. Poſth. *de manutent. obſeruat.* 55. *à numer.* 135. Pero lo cierto es; que le tuuo tambien de la Marqueſa de Mairena, como tutora de ſu hijo; mem. nu. 165. §. *Otro ſi*, para que pudieſſe tomar la poſſeſsion deſtos Eſtados abſolutamente, preuiniendo el caſo de la muerte de la ſeñora Condeſa, que en aquel tiempo ſe hallaua en lo vltimo de ſu vida. Y el fin a que mirò la renũciacion del vſufructo, eſtà latamẽte ponderado in noſtra a num. 415. en cuyo lugar reſponderemos a lo que ſe replicare de nueuo, ſin mezclar aora eſte punto, como ſe haze por los Abogados del ſeñor Marques en el n. 34.

19 En los numeros 37. 38. & 39. ſe dize, que auer el ſeñor Marques de Leganes aſsiſtidõ a la tranſaccion que ſe otorgò entre el ſeñor don Luis de Haro, y el Marques de Taraçona, no fue acto de aprouaciõ del poder: porq̃ el Marques de Mayrena tenia derecho tambien a eſtos Eſtados por el teſtamento del año de 42. y que no ſe dixo porque titulo ſe hazia la concordia, y que aſsi ſe ha de entender por el que no cauſe perjuizio, ex Ciriac. *& alijs controuerſ.* 15. *num.* 4. 5. *&* 6. Pero es facil la replica: porque como conſta de la clauſula del codicilo de la ſeñora Condeſa, *mem. num.* 149. el Marques de Taraçona tuuo poder para ſeguir, y componer los pleitos que ſe auian mouido, ò ſe mouieſſen contra la ſeñora Condeſa, como heredera de ſu marido; y eſpecialmente el del ſeñor don Luis de Haro, en cuya virtud obrò deſpues el Marques, ajuſtando el cõcierto, *mem. num.* 456. donde ſe haze relacion de la pretenſion del ſeñor don Luis, por la fundacion del año de 24: y que ſe auia reſpondido por parte de la ſeñora Condeſa, *que ſe auia de declarar no auer lugar el dicho remedio de tenuta: porque los dichos bienes eran libres, y que dellos como tales el ſeñor Conde Duque la auia dexado por heredera vniuerſal en todos ellos*; y aſsi es ſin fundamẽto querer que la tranſaccion ſe otorgaſſe por el teſtamento del año de 42. de que nunca ſe auia valido el Marques de Mayrena, ſino por las diſpoſiciones del año de 45. en que ſe fundaua el derecho de la ſeñora Condeſa, y la poſſeſsion del Marques de Mayrena, y que fueron las que dieron fuerça al poder con que obrò el Marques de Taraçona, que no tenia derecho propio para interuenir en el concierto, y aſsi le efectuò en virtud del poder, Bart. *in l. poſt dotem*, *num.* 12. *ſolut. matrim.* Pariſ. *conſ.* 72. *num.* 34. *vol.* 2. Maſcard. *concluſ.* 38. *a num.* 3. Cãcer. 2. *part. variar. cap.* 14. *de procurat. num.* 4. Vltra, de que la tranſaccion fue opueſta derechamente al teſtamẽto de 42. en que eſtà prohibida la enagenacion de los bienes deſtos Eſtados, con clauſulas apretadiſsimas, y ſin embargo ſe deſmembrò, y aplicò al ſeñor don Luis parte muy conſiderable dellos.

20 En el num. 40. con los ſiguiẽtes haſta el num. 53. reſpõden al acto de auer el ſeñor Marques no ſolo aprouado con ſu preſencia, ſino firmado los cõciertos referidos, de quo in noſtra à num. 21. y dizen, que no los firmò como parte, ſino como teſ-

tigo

tigo, quo casu, no es visto aprouarlos, ni perjudicarse, ex *l. Gaius Seius de pign. act. l. Titia*, §. *Lucia Titia, de legat. 2.* y a estos textos que parecen contrarios a la *l. fideiussor 26.* §. 1. *de pignor. l. sicut*, §. *nõ videtur quib. mod. pign. vel hipot. solu.* respondimos en nuestro papel, *num. 22. & 23.* con la regla de que el que subscriue, aprueua el acto Ant. Gabr. *lib. 1. comm. cõclus. tit. de præsumpt. conclus. 3. num. 1.* ibi: *Quis scripturæ subscripsit præsumitur illam approbare, & illi consentire*, Menoch. *lib. 3. præsumpt. 66. nu. 7.* ibi: *Secundus est casus, quando quis subscripsit scripturam ab altero scriptam, hoc in casu pro regula traditum est, subscribentem hunc præsumi approbasse scripturam illam*, Bart. *in l. quæ dotis 34. solut. matrim. num. 26. vbi* Bolognet. *n. 125. & 139. &* Barbos. *num. 162.* Y que la limitacion de que el que firma como testigo, no se perjudica, procede, quando no tuuo noticia de lo que firmaua, y solo autoriçò el acto, ignorante de lo que contenia, *ex glos. in cap. ex litteris, de trãsact. verbo testis* communiter recepta, *& glos. in d. l. Gaius Seius, de pignor. act. verb. non obesse*, ibi: *Vel hic ignorans, vt quia testamentum non fuit lectum coram testibus.*

21 Pero el señor Marques no solo supo, que por la transacciõ quedauan estos Estados en el Marques de Mayrena, por las disposiciones del año de 45. sino que fue vno de los que interuinieron en ella, y con cuyo parecer, y aprouacion se ajustò, *mem. num. 456.* ibi: *Lo otorgaron las dichas partes con interuencion, y en presencia de los señores Conde de Monterrey, Marques de Leganes, y Ioseph Gonçalez, que lo firmaron juntamente con los dichos otorgantes, y en presencia de los testigos, que lo fueron del dicho otorgamiento.* Y deste contexto se conoce que el señor Marques no interuino como testigo de la transaccion, en que huuo otros q̃ lo fueron, y no firmaron, diferentes de los dichos señores, que sin ser testestigos firmaron como partes, que tenian derecho de aprouar, y dar su consentimiento en el concierto, por el poder que la señora Condesa les dexò en su codicilo, *mem. num. 149.* Vnde, la limitacion no es deste caso.

22 Y el ser mediador, y asistir al contracto como tal, y firmarle, bastara para inducir aprouacion, y consentimiento, vt *ex d. cap. ex litteris de transact.* communiter deducitur Barbos. *in collectan. ibi, nu. 1.* Roman. *in d. l. quæ dotis solut. matrim. n. 49. vers. Dum autem quæritur*; Ant. Gabr. *dict. lib. 1. comm. conclus. tit. de præsumpt. conclus. 3. num. 27.* ibi: *Secundo sublimita, nisi cũ subscriptione tamquam testis, vel notarij, constaret, quod fuerit actor, vel mediator contractus*: Y asi el señor Marques que firmò la transaccion, no como testigo solamẽte, sino como aprobador, quedò perjudicado con tal acto, para no poder despues contradezir el valor del poder, que entonces calificaua, y consentia.

23 Con que se responde a los lugares de Thesaur. *lib. 3. quæst. forens. quæst. 31.* Nouar. *part. 1. quæst. forens. quæst. 82.* que se traen el nu. 41. porque estos autores hablan en el notario que autoriçò con su firma solamente algun instrumento, sin passar a ser mediador, ò aprouador; el qual

por

por razon del oficio, no es visto consentirle en su perjuizio, que son terminos diferentes de los deste pleyto, y Thesaur. en el num. 8. assienta por constante, *quod subscribens, semper censeatur consentire, debet enim attendere ad quod subscribat*, y en el *vers. Sed communem, & num. 9. & 10. sequent.* reconoce esta distincion, y Menoch. *dict. lib. 3. præsumpt. 66.* despues de auer puesto en los *num.* 17. 18. & 19. la limitaciō de que el que firma por razon de su oficio, no se perjudica en el num. 20. la declara, quando firmò para la prouança del acto; pero no quando lo hizo voluntariamente, y para su substancia, ibi: *Cæterum hæc declaratio intelligitur, quando istè qui ratione, & causa officij subscripsit, causa probationis subscripsit, secus si respectu substantiæ, & idem voluntarie subscripsit; nam tunc ad sui præiudicium consensisse præsumitur atque censetur*, que es lo que passò en este caso: porque el señor Marques no firmò para la prouança de la transaccion, y firmò voluntariamente, mirādo a su mayor valor, y firmeza.

24 Y el dezir en el *num.* 48. & *sequentibus*, que el señor Marques, no pudo impugnar la transaccion, que siempre tuuiera efecto, aunque la contradixera; porque no se pidio por la señora Condesa su consentimiento, sino su consejo, y parecer, fuera bueno si solo de auer assistido, y no reclamado, se quisiesse inducir acto de aprobacion contra el señor Marques, en cuyo caso procede la doctrina de la *glossa in d. l. Gaius, de pign. act.* que la presencia, y noticia no causa perjuizio al que no pudo impedir el acto, Gregor. *in l. 27. tit. 13. part. 5. glossa 3.* Thesaur. *dict. lib. 3 quæst. for. quæst. 31. num. 7.* Mascard. *conclus. 1224. num. 29.* Pero auiendo firmado tambien, no es necessario que tuuiesse derecho para impugnarle, porque entonces, aun sin esta calidad, es visto dar su consentimiē-to; como lo reconoce Petr. Surd. alegado en contrario *decis. 302. num. 2. & n. 8.* ibi: *Accomodans nomen suum actui, videtur accomodare consensum, secus quando nomen suum non accommodat*, Tiraq. *de retract. lignag. §. 1. glossa 9. n. 158.* ibi: *Cum vltra præsentiam, & patientiam alicuius aliquod eius dictum, factum ve intervenit, quod consensui adstipuletur, habetur pro expresso consensu*, por auer añadido al estar presente otra demostraciō de su voluntad, vt probauimus in prima n. 26.

25 Y la disposicion de la señora Condesa, de que se ajustassen los cōciertos con el señor D. Luis de Haro, con el parecer, y consejo del señor Marques, y de los demas nombrados en su codicilo, induxo condicion, de que se les pidiesse su voto, aunque no fuesse necessario seguirle, *cap. cum olim, de arbitrar. l. quidam decedens, §. pater, l. Titium, & Mauium, de administ. tut.* D. Mol. *lib. 2. cap. 13. à num. 36.* Mantic. *de coniectur. lib. 11. tit. 18. num. 11.* Mier. 1. *part. quæst. 50. à num. 25.* Thomas Sanch. *lib. 1. de matrim. disput. 34. nu. 24.* Castillo *tom. 6. controu. cap. 126. num. 14.* Y el señor Marques despues de requerido, pudo no venir en el concierto, y reclamarle, y aunque huuiesse de tener efecto sin embargo, seria sin su parecer, y aprobacion; y assi con-

feruaria su derecho a saluo, pero auiẽdole autorizado voluntariamente, passò su consejo, y parecer a consentimiento expresso, *cap. dilecti, de arbitr.* ibi: *Præsertim cum Episcoporum fuerit præsentia, & consilio roboratum* vbi Panorm. *col. 2. vers. Episcopus, notat quod hoc casu consilium habetur pro consensu*, & dicit mirabile Corsetus *in singularib. verbo minor 2. n. 4* Tiraq. *de retract. lignag. §. 1. glossa 9. nu.* 159. Y aunque no pudiesse el señor Marques contradezir absolutamente, que se efectuasse la transaccion, podia embaraçar a lo menos, que se ajustasse en su presencia, y con su firma, y esto basta para que le perjudique, vt scribit Barbos. *in l. quæ dotis solut. matrim. num.* 163. ibi: *Videor consentire, quando potui prohibere actum ne fieret; nam possum sine dubio probibere, ne quis rem meam vendat meo nomine.*

26 Al acto expresso; y en que no es menester recurrir a congeturas de auer ratificado el concierto (sobre que hasta aora hemos discurrido) el señor Marques; y su hijo por vna escritura publica, y con todas las solemnidades de derecho, de quo in nostra num. 28. procuran satisfacer desde el num. 54. hasta el nu. 66. Y dizen, lo primero, dict. n. 54. que el señor don Luis de Haro reconocio por valido el testamento de 42. pues dispuso, que el señor Marques, y su hijo ratificassen la transaccion, y este mismo argumento se puede hazer en fauor del poder, pues primero el señor D. Luis, se auia cõuenido con el Marques de Mairena, como sucessor por aquel titulo. Y bastò auer mouido el señor Marques de Leganes este pleito; para que por el señor D. Luis se pidiesse su aprobacion, sin llegar a calificar si tenia derecho, ni poderlo hazer en perjuzio del señor Duque de Medina, y quien aprobò, y calificò expressamente las disposiciones del año de 45. fueron el señor Marques, y su hijo, pue otorgaron escritura de ratificacion del concierto, que se auia ajustado con el Marques de Mairena, que no podia surtir efecto, ni ser valido; sino es en virtud del poder.

27 Dizen lo segundo, desde el num. 55. que auiendo interuenido el señor Duque de Medina en la transaccion, q̃ se hizo con la S. D. Antonia de Guzman, hija del señor don Luis, fue visto no solo aprobar el testamento de 42. sino desestimar el poder; adquiriendo estos Estados por el nueuo titulo de transaccion, y que se marauillã que nos atreuamos a opòner al señor Marques acto alguno de aprobacion de las disposiciones del año de 45. quando tan claramente el señor Duque tiene reconocido el valor del testamento del año de 42. Y de lo que nos marauillamos con mas justa razon, es, que se hagan semejantes discursos desnudos de justificacion en el hecho, y en el derecho.

28 Porque el señor Duque no interuino en la escritura de transaccion; q̃ se otorgò con la S. D. Antonia de Guzman, mem. n. 457. Y quando huuiera interuenido, y tenido noticia della, no auiendola firmado, ò hecho otros actos de aprobacion expressa, como los han hecho el señor Marques, y su hijo, no se puede dezir, que la ha consentido, *l. filius familias, §. inuitus, de procurat. l. sicut,*

§.

§.*non videtur quib.mod.pign.vel hipoth.ſoluit*.Barb.*in l.quæ dotis ſolut.matrim.à num.*153. Caſtill. *de vſufruct.cap.2.nu.*102.Surd.*de aliment.tit.*1.*quæſt.*42.*num.*102.& 103.

29 Y quando huuiera otorgado la tranſaccion, no por eſſo auia calificado el teſtamento de 42.en que ſe fundaua la S.D. Antonia de Guzmã, como el ſeñor Marques, y ſu hijo aprobaron el poder, y los teſtamentos,y codicilos de la ſeñora Condeſa.La razon de diferencia es, porque como eſtà dicho, el concierto tenia todo ſu valor por eſtas diſpoſiciones,en cuya virtud ſe hazia, y aſsi en la ratificacion iba embeuida, y virtual ſu aprouacion;pero el ſeñor Duque de Medina no reconociera fuerça alguna en el teſtamento del año de 42. aunque huuiera conſentido en la enagenacion de los bienes que ſe dierõ a laS.D. Antonia deGuzmã, por librarſe del pleyto con ella, y cõ el ſeñor don Luis ſu padre,y por eſta cauſa no poſſee oy lo que ſe le dio por el titulo del teſtamento de 42.ſi no por el de tranſaccion,*l.ſi pro fundo,C.de tranſact.vbi*Padilla *num.*10. Mier.*de maiorat.*4.*part. quæſt.*22. *num.*90.Tiraquell.*de retract. lignag.* §.1.*gloſ.*14.*num.*64. Menoch. *conſ.*1236.*à num.*1.Surd.*conſ.*418.*num.*18.

30 No aſsi el Marques de Mayrena, que conſeruò ſin embargo de la tranſaccion, el titulo antiguo del poder del año de 45.en los bienes cõ que ſe quedò deſtos Eſtados; como lo reconocen los Autores acabados de citar,haziendo diſtincion entre el actor,y el reo que tranſigen: porque lo que ſe da al actor,lo recibe por el titulo de tranſaccion; pero lo que ſe queda en poder del reo, lo retiene por el miſmo titulo con que antes lo poſſeìa. Y es propoſicion deſeſperada la que por los Abogados del ſeñor Marques ſe quiere fundar deſde el num.56.de ſu reſpueſta, que ſe adquiere nueuo titulo al que poſſee, reſpecto de la tranſaccion,y la *l.cum ea,C.de tranſact.*que alegan, ſolo dize,que auiendo auido verdadera trãſaccion,no ſe ha de atender al titulo que ſe ſimulò entre las partes de cõpra,y venta,como la explica la *gloſ.* & Padilla *ibi*,coſa muy diſtante del intento.Y Afflict.*in cap.*1. §. *ſi vaſſallus,el vltim.num.*13.*ſi de feud. fuer. controuerſ.int.dom.*& *agnat.* eſtà reprouado por todos,y ſeguida la opinion de Bald.*in dict.cap.*1. que enſeña,no auer mudança de titulo en el reo,que tranſige,*ex dict. l. ſi profundo,C.de tranſact.*que es expreſſa para el caſo,D.Molin.*lib.*4.*cap.*9.*nu.*22. *verſ.Nec obſtat*; el qual deſpues de auer referido la opinion de Afflictis, (de adonde la tomaron los Abogados del ſeñor Marques, diſsimulando lo que ſe ſigue)la refuta, his verbis:*Hoc verum non eſt,is enim qui trãſigit,pecuniam aduerſario præſtando, non id agit, vt a tranſigente dominiũ adquirat,ſed vt ex ea pecunia, aduerſariy verſutias, litiumque inquietationes redimat,nec ex tranſactione hoc pacto facta, dicitur res adquiri nouo titulo:*ſequitur Cãcer.*tom.*3.*variar. cap.*15.*à num.*207.

31 La *ley controuerſia* 14. *de tranſact.* que ſe pondera a eſte miſmo fin,deſde el num. 60. tiene facil reſpueſta:porque no prueua q̃ auiẽdo trãſigido el heredero reſcripto, y el

el legitimo, lo que possee el escripto, lo possee por titulo nueuo, y no por el del testamento anterior, y esto fuera cõtra los principios que dexamos fundados, y contra la *l.3.ff.eod.* en q̃ se decide, que sin embargo de la trãsacciõ, los legatarios han de conuenir al heredero escripto, y no al legitimo: porque piden en virtud del testamento, cuyo titulo toda via se cõserua en el, y aunque *in d. l. controuersia*, se dize, que los acreedores pueden conuenir al que quisieren de los dos, esta antinomia entre estas leyes, tiene muchas cõciliaciones, y la mas seguida es la de la *glos. ibi verb. pro parte*, que quando solo se da por el heredero escripto quota de bienes, no puede pedirse nada al legitimo, secus, quando se le da quota hereditatis, Borcholten. *ad tit. inst. de transact. cap.* 4. *num.* 6. Iulius Pacius *cent.* 2. *leg. conciliat, tit. de trans.* §. 12. Surd. *cons.* 92. *à num.* 6. *& à nu.* 27. Costa *de quota, & rata, cap.* 23. *num.* 3. Parlad. *lib.* 2. *rer. quot. cap. fin.* 4. *p.* §. 1. *num.* 14. Cæsar Manent. *cons.* 102. *num.* 17. Y la S. doña Antonia de Guzman, aunque recibio por sus derechos algunas cantidades, no se le dio quota de herencia. Y quando fuera cierto, que por esta razon pudiera ser conuenida por los acreedores a este Estado, *d. l. ex controuersia*, dize q̃ auia de ser por el titulo de transaccion, ibi: *Pro parte hæreditatis, quam vterque in transactione expresserit, vtilibus actionibus conueniendos esse.* Y assi no quedò en modo alguno calificado el testamento del año de 42. ni desestimado, y sin fuerça el poder, y las disposiciones del año de 45.

32 Y no podemos dexar de hazer reparo, en que cõn doctrinas tan poco seguras, se adelanten los discursos de los Abogados del señor Marques, a dar por assentado, que no se pondera acto por nuestra parte (siendo tantos, y tan eficaces) que le cause perjuicio. Y que hagan tanto caso de que el señor Duque interuino en el concierto con la S. D. Antonia de Guzman, mirando a tantos visos esta accion, aunque della no se puede inducir cosa de substancia.

33 En el num. 67. se remiten a su primera informacion, *num.* 249. *&* 254. en respuesta de auer consentido el señor Marques expressamente se pagassen 50ꝥ. ducados a la señora Condesa de Monterrey, en fuerça de la liberacion que la señora Condesa de Oliuares dexò a la casa de Monterrey de otra tanta cantidad, y conociendo quan mala satisfacion se puede dar a este acto, salen con facilidad del, y de lo que fundamos in prima *à num.* 29. con dezir, que està respondido en su primer papel en los numeros referidos, donde no se hallarà respuesta que sea de consideracion.

34 En el num. 68. con los siguientes, hasta el n. 75. concluyen el discurso en quanto a las aprobaciones, con que las pagas de los legados, que se han hecho en virtud de los testamentos, y codicilos de la senora Condesa, aunque han sido con ciencia, y paciencia del señor Marques, y con su consentimiento expresso, no le perjudican, y para satisfacion de lo que se funda en esta parte en nuestra primera informacion à num. 30. se contentan con alegar en el num. 71. algunos autores, que dizen, que el q̃ paga vn legado inutil,

no

no se obliga por esso a pagar otros semejantes, y no es esta la question, ni se disputa, si por auer consentido el señor Marques que se paguen algunos legados, està vencido de tal modo, que no puede ya contradezir, q̃ no se paguen los demas que se deuieren. Y solo inducimos, que tiene aprobado el poder, y las disposiciones hechas en su virtud, por auer venido en q̃ se paguen diferentes legados en ellas contenidos, y esta conclusion es certissima en derecho, vt in prima a d.num.30. Y siendo el testamento indiuiduo, y no pudiendo valer en parte, y en parte no, vt ibidem probauimus, num.35. & seq. El que le huuiere aprobado vna vez, pagando algun legado; tendrà obligacion de obseruarle en todo lo demas q̃ en el se dispone. Y Petr. Surd. *de aliment.tit.4.quæst.16.nu.* 27.28. *&* 34. & Grat.*tom.*1.*cap.*128.*nu.*7. que en contrario se alegan, hablan en caso muy diferente, del que paga vn legado que no deue, ò le paga en lugar diferente del, en que està obligado, que no por esso queda cõ obligacion de pagar otros de aquel genero, ò en el lugar no destinado, por ser el consentimiento de estrecha naturaleza: pero no disputan la aprobacion, que resulta del testamento, por consentir se paguen los legados dexados en el, que es la conclusion de q̃ nos valemos.

35 De todo lo discurrido en este punto de las aprobaciones, se saca con quanta dificultad se procuran euadir dellas los Abogados del señor Marques, y quan repetidos, y multiplicados actos son los que estan põderados de varios generos, para induzirlas, y de todos jũtos se deue hazer mucho aprecio, quando en alguno separadamente se conozca menos fuerça, y mas valiendose deste medio el señor Duque de Medina, no para calificar con el vnicamente el valor del poder (para lo qual fuera bastante) sino en mayor corroboracion de las presumpciones eficaces, y probanças claras que le assisten.

36 Desde el num.76. se quiere responder a lo que se funda en la informacion del señor Duque a n. 37. de auer de vencer en los dos casos, ò en el claro de ser valido el poder, ò en el dudoso, y que solo el señor Marques puede obtener en el tercero, si clara, y indubitablemente huuiere probado sus excepciones, por gozar desta vẽtaja todos los que en el juizio de tenuta fundan de derecho, ex D. Mol. *lib.*3.*c.*4.*n.*32. & alijs adductis in prima num.38. Y para no concèder al señor Duque este priuilegio, q̃ le dà el derecho, los Abogados del señor Marques, se hallan obligados a negar, que aunque tiene en su fauor la disposicion vltima del señor Conde Duque, no por esso funda de derecho.

37 Y bueluen a alegar en el nu. 77. a Pedro Surd.*cons.*373.*a nu.*22. Ciriac.*controu.*30. Argel.*de legit. cõtrad.quæst.*2.*art.*1.*à num.*45. a que dexamos concluyentemente respõdido sup. a num.3. donde probamos, que es falsa la proposicion de que no funda de derecho el que se vale de testamento posterior. Y no reparan, que quando al señor Duque le faltasse este fundamento, tiene por si otras presumpciones legales, sin la de la vltima disposicion, por las quales tã-

 bien

bien tiene fundado su intento, como son la del instrumento otorgado ante Escriuano, fiel, y legal, de qua in nostra, num. 307. & seq. y que en duda se presume, que el testamento es solemne, y legitimo, con obligaciō de probar lo contrario el que le impugna, Mantic. *de coniect. lib. 2. tit. 9. à n.* 1. Y la de auer estado en su juizio, y buena capacidad el señor Conde, quando otorgò el poder, vt probauimus, à n. 65. del primer papel. Y qualquiera presumpcion es bastante para gozar la ventaja de vēcer en los dos casos, y para que se diga que en este juizio el señor Duque funda de derecho.

38 Y nos haze admiracion, que los Abogados del señor Marques en el num. 78. digan, que esta doctrina, como quiera que se considere, no aprouecha al señor Duque, que no ha puesto en duda las excepciones q̄ se alegan contra el poder, quando sin mucho arrojamiento, podemos assegurar, que no necessita de la ventaja (que el derecho le concede) del caso dudoso, por hallarse en el claro, auiendose descubierto la flaqueza de las oposiciones contrarias, tan manifiestamente en el papel escrito por su parte, sin embargo de las replicas nueuas, a que tambien se satisfarà en este, con demostracion de su justicia clara.

39 De que se infiere, que quando fuera cierta la inteligencia que dā a la *l. si pars* 10. *de inofficios. testament.* En el n. 79. con los dos siguientes, de que solo se ha de hazer interpretaciō en fauor del testamento, porque el testador no muera abintestato, secus, si tiene otorgado otro testamēto anterior, no se podrà aplicar a este caso, en que el señor Marques con ninguna de las muchas oposiciones que haze al poder, le ha puesto en duda, por no auerlas verificado, como se requiere.

40 Cæterum, no se puede dudar, que es regla constante, que en caso dudoso se ha de estar al testamento, *d. l. si pars, cap. fin. de sentent. & re iud.* y que la venigna interpretacion en su fauor, ha de preualecer a la escrupulosa disposicion del derecho, *l. posthumus, l. filio præterito, de iniust. rupt. l. si Ita scriptum, de liber. & posth.* Aunque sea contra el hijo exheredado, Menoch. *lib. 4. præsum. 10. num.* 11. *& cons. 540. numer. 4. & 19.* Mantic. *de coniectur. lib. 2. tit. 15. num. 8. & lib. 4. tit. 10. numer. 19.* Lo qual procede tanto en fauor del segundo testamento, como del primero, Menoch. *cons.* 1148. *num.* 3. ibi: *Vbi res est dubia pronuntiandum est primum testamentum esse reuocatum per secundū, ne alioqui dicamus, neutrum valere, & ideo interprætatio fieri debet, vt testamentum valeat, l. si pars, de inofficios. testament. cap. vlt. de re iudic.* Steph. Gratian. *tom. 4. cap. 605. num.* 5. ibi: *In dubio semper pronunciandum est primum testamentum fuisse reuocatum.*

41 Ni son contra esto los lugares que se alegan de Cancer. *tom. 1. var. cap. 4. numer.* 81. Castill. *tom. 4. controuers. c. 29. n. 16. & 17.* Mant. *de coniect. lib. 2. tit. 15. nu. 14. & 16.* Manent. *cons. 9. à num. 87. vol.* 1. Y a estas autoridades, y a las semejantes, està satisfecho en nuestra informacion desde el num. 491. Y solo se buelue en la respuesta del señor Marques

ques a repetirlas, sin darse sus Abogados por entendidos de lo que alli se discurre, y todos estos Autores dizen, que quando no consta del animo deliberado de testar, y ay duda en si el difunto quiso hazer testamento, se recurre a probanças, y cõgeturas, de quibus agit late Menoch. *de arbitr. casu 495. à num. 30.* Y solo lo que añaden, es, que se requiere mayor probança del animo deliberado de testar, en el que tenia hecho otro testamento anterior, que en el que no le tenia, porque en este, se ha de hazer la posible interpretacion, porque no muera abintestato, y se sostenga el acto, pero en el que siempre ha de morir con testamento, para que el segundo valga, se necessita de mayor probança en quanto al animo, y deliberaciõ de que quiso otorgarle. Y assi Cancer. en el lugar referido, *num. 80. vers. Dictus animus*, dize: *Dictus animus deliberatus magis apparere debet, vbi ægrotans haberet testamentum, iam antea rite, & recte factum, quod cum sæpe mutare potuisset, nunquã mutauit*, y de aqui saca vna consequencia, que puede auer caso en que vn testamento no valga, por auer otro anterior, que se pudiera sostener sino le huuiera, ibi: *Hocque adeo verum est, vt posset vltima dispositio, non præcedente alio testamento substineri, vt testamentum, quæ non sustineretur, si tale testamentum præcederet*, y prosigue con las palabras que se refieren en contrario num. 80. y concluye el discurso con el mismo presupuesto, ibi: *Et per verba quæ dubitari posit, an sint deliberate pro lata.* De modo, q̃ *Cancer.* y los demas, no dizen absolutamente la proposicion para que se alegan, de que en auiendo duda en quanto al testamento segundo, se ha de estar al primero, sino que en el caso de no constar del animo deliberado de hazer testamento, se requiere mayor probança, quando ha precedido otro testamento, que quando no ha precedido, y en estos terminos habla Mantic. *dict. num.* 14. ibi: *testamentũ debet probabiliter sustineri, quando constat illud esse testamentum, aliud est si probabiliter posset dubitari, an defunctus voluerit testari*, y *Castillo*, y *Manento* dizen lo mismo, cuyas palabras no referimos, por no alargar esta respuesta, y conuiene con ellos Menoch. *lib. 4. præsumpt. 8. num.* 34. *vers. Nona est præsumptio.*

42 Vnde, no se pudiendo poner en controuersia el animo deliberado del señor Conde Duque, de querer otorgar el poder, por auer sido esta la accion, que por consulta de los medicos, y de su confessor, y de la señora Condesa, se resoluio hiziesse luego en recibiendo los Sacramentos, por reconocerle con capacidad para vno, y otro: y auiendose seguido el embiar a llamar al Escriuano, y conuocadose tantos testigos para este acto, que estuuieron presentes en el, no se puede poner duda en la deliberacion, y firmeza del animo del señor Conde Duque de hazer testamento, con que no se aplican las doctrinas que en contrario se alegan, y siempre corren las que fauorecen al segundo testamento.

43 Y en mas apretados terminos de auer instituido cierto testador heredero en vna disposicion, a quien llamò su codicilo, Soc. Iun. *cons. 69.*

vol.

*vol.*4. Alciat.*conſ.*68.*lib.*9.& Mant. *lib.*2.*de coniect.tit.*3.*num.*10. & 11. ſon de parecer, que ſi guardò las ſolemnidades que ſe requieren para teſtamento, ſe ha de tener por teſtamento, y no por codicilo, y que aſsi ha de tener fuerça de reuocar los anteriores, ſin embargo que *Mantic.* ſe opone la miſma doctrina, de que ſe valen los Abogados del ſeñor Marques, *quod multo facilius teſtamentũ ſuſtinetur, quando aliud non præcedit, quam ſi aliud præcedat ex* Alex. *conſ.* 4.*num.*14.& 15.*vol.*7. Pero ſe reſponde, que con auer hecho inſtitucion de heredero, ſe arguye el animo de hazer teſtamento, *l. non codicillũ ibi Fulgoſ.& Alex.C. de teſtament. vt* Alciat. *d.conſ.*63.*n.*32.& 33. Scribit *quamuis dicatur, quod non conſtat eum muttare voluiſſe; iam antea etiã per viginti annos diſpoſita, vnde nec præſumenda eſt talis mutatio, l. ſancimus, C. de teſtam. tamen eo ipſo, quod fecit inſtitutionem hæredis, declarauit, quòd voluit teſtari d.l. nõ codicillum, & conſequenter quod voluit primum teſtamentum reuocare.*

44 El lugar de Caſtrenſ. *conſ.* 155. *in fine lib.*1. cuyas palabras ſe trasladan *d.n.*80. diziendo, que ſon ſingularisſimas para eſte pleito, no es aproposito de la concluſion, de que aora vamos tratando, ſino para el pũto de ſi por el teſtamento hecho ad interrogationem vnico verbo, ſe reuoca el teſtamẽto anterior, de quo in noſtra, n.480. donde veremos ſi por los Abogados del ſeñor Marques ſe replica coſa que ſea digna de ſatisfacion, por no mezclar puntos tan ſeparados, y guardar orden, y claridad en eſte diſcurſo.

RESPVESTA PRIMERA A LA OPOSICION DE *furor que ſe haze al poder, que eſta excepcion no es deſte juizio.*

45 Aunque deſde el num. 84. ſe pretende reſponder a lo que en nueſtro papel ſe funda a num.41. ſobre que la excepcion de furor opueſta al poder, por el ſeñor Marques, no es deſte juizio, ſin embargo quedan ſiempre nueſtras propoſiciones ſuperiores, y las reſpueſtas, ſi biẽ ſe cõſideran, mas ſon en apoyo, y en reconocimiento de ſu verdad, que contra ellas, y ſolo parece ſe ha querido diſimular por los Abogados del ſeñor Marques, el que no enquentran con la conſecucion de nueſtros argumẽtos, y aſsi nos achacan oluidos, y cõtradiciones, que no padecen, y para manifeſtacion de que eſto es aſsi, ſerà fuerça reſumir el diſcurſo que hazemos en prueua del intento, con relacion a los numeros de nueſtro papel. El argumento es eſte.

El juizio de tenuta es juizio poſſeſſorio, en que aunque ſe mezcla la propiedad, deſpues de la *ley 10.* es incidentemente, y aſsi conſerua los priuilegios de ſumario, y executiuo, num.43. haſta el num.49.

En los juicios poſſeſſorios deſta calidad, no ſe admiten excepciones, que requieren largo conocimiento de cauſa, ſino es que incontinenti ſe prueuen *à num.*50. vſque ad *nu.* 57.

Luego la excepciõ del furor, que requiere largo conocimiẽto de cauſa,

ſa,

sa, y no esta prouada incontinenti en este juizio, se ha de desestimar, remitiendola al de la propiedad, *num.* 58. hasta el *num.* 64.

Este argumento es legitimo, y consta de antecedentes innegables, y que estan con gran numero de autoridades comprouados en los numeros referidos, y no se ponen en duda por los Abogados del señor Marques, y solo niegan, que no estè prouada por su parte incontinenti la excepciō del furor: porque asientan tenerla verificada dentro de los ochenta dias de la prueua, que es auerla prouado incontinenti.

46 Y sin entrar en la disputa (q̄ no nos importa) de qual se ha de tener por prouança incontinenti, si la q̄ se hizo dētro de tres dias, como quisieron algunos, *ex l. fin. §. illico*, vbi Bald. & Ias. *C. de iudic.* Merlin. *tom.* 1. *controuers. cap.* 96. *num.* 13. Mier. 3. *part. q.* 24. *num.* 30. Osasch. *decis.* 26. *num.* 16. Argel. *de acquir. possess.* 2. *part. art.* 7. *num.* 251. O si esto se ha de dexar al arbitrio del juez, como es la opinion comun, *glos. in l. si is à quo, vt in possess. legat.* vbi Bart. Menoch. *de arbitrar. lib.* 2. *cent.* 1. *cas.* 12. *num.* 4. & *casu* 20. & *de recuperand. remed.* 1. *num.* 259. & *cons.* 735. *num.* 27. Cæsar Contard. *in l. vnic. C. si de momentan. posses. limitat.* 12. *num.* 6. & 7. Argel. *de acquirend. posses. quæst.* 2. *num.* 258. *vers. Opponitur*, Burat. *decis.* 211. *num.* 4. & *decis.* 544. *num.* 16.

47 Quando concedamos, que es prueua incontinenti la que se haze dentro del termino mismo del juizio, donde se opone la excepcion, y que assi lo que estuuiere prouado en los ochenta dias del juizio de tenuta, se tiene por prouado incontinenti, toda via le falta al señor Marques el principal requisito, que està fundado latamente en nuestra informacion, num. 59. y es que no basta auer hecho qualquier genero de prueua dentro del termino legal, para que la excepcion se tenga por prouada in continenti, sino que ha de ser clara, y indubitable, por instrumentos, ò testigos, y aun ha auido quien no se cōtenta, que se verifique la excepcion, (aunque notoriamente) por prouāças, y pide que necessariamente se haga por instrumentos, y papeles, Ripa *in l.* 4. *§. condemnatum, sub num.* 15. *de re iudic.* Ioseph Ludouic. *decis. Lucens.* 24. *num.* 23. Argel. *de acquir. possess. quæst.* 2. *nu.* 248. *cum seq.* Mier. 3. *part. quæst.* 24. *à num.* 27.

48 Y es cierto, que no basta auerla probado menos que concluyentemente, porque si despues de hechas las probanças, por quien se ofrecio aprobar incontinenti, adhuc, la excepcion està turbia, por consistir en derecho dudoso, subtil, y perplexo, ò en hecho dilatado, y que no se puede ajustar facilmente, por la multitud de articulos, y replicas, no se dirà probada incontinenti, por necessitar todavia de largo conocimiento de causa, vt præter relatos, *à nu.* 59. tenent Menoch. *cons.* 367. *num.* 5. Treuisan. *decis.* 2. *num.* 2. Ludouis. *decis.* 425. *num.* 3. Paz *de tenut. cap.* 38. *n.* 5. & *num.* 25. Duran. *decis.* 261. *num.* 4. Burato *decis.* 295. *n.* 14. & *decis.* 396. *n.* 11. & *decis.* 738. *n.* 14 *cum seq.*

49 Vnde, para reconocer si la excepcion de furor, opuesta por el

se-

señor Marques, se deue remitir al juizio de la propiedad, se ha de ver si en este de tenuta la tiene probada liquida, y notoriamente, porque si està dudosa, y turbia por las probanças difusas, y encontradas de las partes, no es deste juizio sumario, y executiuo, ni se ha de tener por verificada incontinenti, y por requerir dilatado conocimiento la determinacion sobre ella, se ha de remitir a la Chancilleria.

50 Y està tan lexos el señor Marques de auer probado con esta calidad su intento, que podemos dezir, que no ha conseguido con quanto desvelo ha puesto, el turbar el derecho notorio del señor Duque, y para prueba desto nos remitimos al articulo segundo de nuestro papel primero, y a lo que en este replicaremos en su lugar a las respuestas del señor Marques.

51 Contra lo qual no es de cõsideracion lo que dizen sus Abogados en el num. 117. que si esta prouada, ò no la excepcion del furor, es mas de la estimacion de los señores juezes, que de la aduertencia de los Abogados: porque si bien confessamos, que en todas materias tiene grã lugar el arbitrio de los señores juezes, y mas en la estimacion de las prouanças, no por esso los Abogados hã de omitir las disposiciones juridicas, por las quales se ha de regular este arbitrio; y especialmente en los terminos, en que nos hallamos, de qual sea excepcion altioris indaginis, y quando se aya de juzgar prouada incontinenti, el arbitrio del juez no ha de ser libre, sino gouernado, conforme a derecho, y a las reglas que los Escritores assientan, y dexamos ponderadas, Bart. *in extrauag. ad reprimẽdum in verb. videtur*, *num.* 8. Cæsar de Grasis *decis. 7. num. 7. & decis. 8. num. 2. & 4. de sentent. & re iudic.* Rot. Roman. *decis. 349. num.* 1. *part.* 1. *diuers.* Luc. de Pen. *in l. 2. num.* 11. *C. de numer. & actuar. lib.* 12. Merlin. *tom. 1. controu. cap. 96. num.* 17. Argel. *de acquir. posses. quæst. 2. art. 7. num.* 266.

52 Con que pudieramos escusar responder a todo lo demas que en este punto se pondera por los Abogados del señor Marques, que es mas de adorno, y digressiones, no necessarias, que de importancia; pero porque de nuestro silencio, no arguyan flaqueza, serà fuerça discurrir breuemente por lo que replican.

53 En el *num.* 84. & 85. dizen q̃ no se ajusta cõfessar, que el juizio de tenuta tiene mezcla de la propiedad, y refutar a Paz, *cap.* 38. *num.* 37. y a los Adicionadores al señor *Molina lib. 3. cap. 13. num. 15. &* 16. que tuuieron por opinion, que se admitian en el todas las excepciones, aunque requieran largo conocimiento. Pero esta oposicion es tan leue, que tiene en si misma embeuida la respuesta; pues aunque por ser juicio possessorio mixto, en el se ha de tratar de las excepciones que miran a la propiedad, admitiendo todas las que la parte ofreciere prouar incontinenti, es regla tambien, que por ser sumario, y executiuo, se han de remitir al ordinario, las que dentro de la prueua, no se hallaren verificadas notoriamente, y que toda via requieren altiorem indaginem, no auiendo cumplido cõ reducirlas a estado de claridad, el q̃ las opuso.

Des-

54 Desde el num. 86. bueluen a instar, que admitiendose todo genero de excepciones en los juicios possessorios sumarios, dummodo incontinenti probentur, es fuerça reconocer que Paz tuuo razon en dezir que en el juicio de tenuta se admitian las que piden conocimiento dilatado; pues verificadas en los 80. dias, quedan prouadas incontinenti. A que respondemos facilmente, que Paz contra la opinion comun, hizo regla de que en el juicio de tenuta; quia habet ad mixtam causam proprietatis, se admiten todas las excepciones, aunque no sean de la naturaleza de los possessorios sumarios, lo qual es contra derecho, y no admite las excepciones que requieren largo conocimiento de causa por limitacion, quando se prueuan incontinenti (como deuia hazerlo) sino absolutamente, prueuense, ò no se prueuen incontinenti, de que resulta vna gran diferencia entre su opinion, y la de los demas Escritores de dentro, y fuera del Reyno: porque Paz quiere que en este juicio se disputen todas las excepciones, aunque por las prouanças de las partes, no ayan quedado liquidas, y notorias, como se haze en el de la propiedad, y el señor Molina, y los que le siguen, solo las admiten, verificadas en los 80. dias con la calidad de notoriedad, y facil conocimiento, de que se necessita, para q̃ se digan prouadas incontinenti, y en padeciendo duda tal, que requiera largo conocimiento de la causa, las reseruan al juicio de la propiedad.

55 Los exemplares que se traẽ del Ducado de Lerma, Condado de Osforno, Marquessado de Poça, y Estado de Berlanga, no lo son para este caso: porque confiessan los Abogados del señor Marques en el *num.* 89. que las excepciones que requeriã largo conocimiẽto en aquellos pleitos, se prouaron dentro de los 80. dias de la ley, y verificadas las excepciones con la claridad que hemos dicho, ya no se tienen por de largo conocimiento. Pero no es assi en la excepcion del furor, que opone el señor Marques, pues oy despues, no solo del termino legal, sino de tantos años que ha durado esta causa sin determinarse, con quanto se ha escrito por sus Abogados, apenas se ha puesto en controuersia el derecho claro del señor Duque de Medina, y por lo menos no se puede dexar de confessar, que lo dilatado de las prouanças, multiplicidad de articulos, tachas de testigos, y replicas de parte a parte, requirũt altiorem indaginem, y que son del conocimiento del juicio ordinario.

55 Fuera de que en estos exemplares, y los semejantes, el Consejo no se hallò embaraçado con questiones de hecho difuso, sino con la duda de las facultades Reales, que se auian obtenido contra las fundaciones anteriores, y esta por ser question de derecho, aunque dificultoso, y subtil en la opinion de muchos, no requiere largo conocimiento: porq̃ el derecho siempre es cierto, *l. ornamentorum, de aur. & arg. leg.* Menoch. *de arbitr. lib.* 1. *quæst.* 53. *num.* 5. *&* 6. *& Latius cons.* 367. *num.* 5. Mastrill. *decis.* 8. *num.* 7. *& seq.* Paz *de tenuta cap.* 38. *num.* 24. Merlin. *tom.* 1. *controuers. cap.* 76. *num.* 8. *& cap.* 96. *num.* 2. Argel. *de adquirend. pos. q.* 2. *art.* 4. *à n.* 139.

Aun-

57 Aunque desde el *num.90.* se trata de responder a los lugares alegados en nuestro papel, *num.* 54. & *num.* 56. no se consigue el intento: porque es sin cõtrouersia, que en los juicios sumarios no se admiten las excepciones que miran a rescindir el titulo aparente, ò las que pertenecen a su valor, ò nulidad, por la misma regla de que requirunt altiorem indaginem, sino es que incontinenti se verifiquen (que es limitacion general en todos los casos semejantes) no teniendose por prouadas incontinẽti, las que despues dela prueua necessitan para su determinacion de largo conocimiento de causa.

58 En el n.97. se nos haze cargo, que nos contradezimos en el nu. 58. de nuestra informacion, diziendo al principio, que la excepcion del furor, no es deste juizio possessorio, y añadiendo despues, que se admite en el, quãdo se prueba incontinẽti, y si esta es contradicion, se contradicen quantos proponiendo la regla, proponen tambien la limitacion en algun caso, y se contradixeron los Autores, que hablan en nuestros terminos, que todos contestan en este modo de dezir, y asientan, que la excepcion del furor por requerir largo conocimiento, no se admite en los juizios sumarios, sino es que se pruebe incontinenti, que son las palabras con que se propone esta doctrina, *d.n.*58. Y quando sin culpa alguna pudieramos auer fundado la regla, omitiendo la excepcion, se nos arguye, que la pusimos mas abaxo, estando dentro del contexto de la misma oracion. Y muy de espacio los Abogados del señor Marques, gastan mucho papel en los numeros siguientes, ponderando, que los Autores referidos *d.n.*58. todos cõuienẽ, en que si se prueba incõtinenti el furor, se ha de admitir en los juizios possessorios, y sumarios, auiendose citado por nuestra parte para esto mismo, y se quiere dar a entender huuo malicia, en no referir con puntualidad las palabras de algunos, que despues de la regla, de que el furor, por ser vicio invisible, *requirit altiorem indaginem*, añadieron, *nisi incontinenti probetur*, entrando confessando los Abogados del señor Duque la limitacion por palabras claras, y teniendose conocido en otras excepciones, *etiam altioris indaginis*, que se admiten en los juizios possessorios probadas incontinenti, *vt diximus in prima n.*51. Y siendo el fundamento de su discurso esta proposicion, como despues del inutil trabajo de auer apurado este sentimiẽto en cada Autor de por si, lo vienen a confessar los Abogados del señor Marques en la entrada del n.116.

59 Desde el num.122. se trata del llamamiento comprensiuo, que los Abogados del señor Marques quieren tenga en el testamento del año de 42. y del literal del Marques de Morata, puntos que estan largamente discurridos en nuestro primer papel en el *art.* 4. y en el mismo lugar se satisfarà en este a las respuestas contrarias, solo dezimos, que el señor Marques no tiene llamamiento congeturado, como pretende, y que esta questiõ no es deste juicio, como prueua Mier.3.*part. quæst.* 24. *num.* 33. y otros referidos en el *num.* 61. in prima, y lo mismo defiende Casti-

till.*tom.3.cont.cap.24.num.93*. porque eo ipso, que el llamamiento es subintelecto, no està claro, y requiere mas conocimiento, y aunque el señor *Molin*, y *Paz* fueron de contrario parecer, en el enquentro destas opiniones, serà de la estimacion del Consejo, seguir la mas bien fundada.

60 Pero hazemos mucho repa ro, que se diga en el *num*. 123. que esta oposicion mas era del Marques de Morata contra su padre, que del señor Duque de Medina, que por no tener interes alguno en el testamento del año de 42. anda mendigando auxilios agenos, quando en la suspẽsion introducida por el señor Conde Duque en aquel testamento, acabada su descendencia, es el principal interessado, y llamado, en orden a la vnion de las Casas de San Lucar, Toral, y Medina de las Torres, como de las clausulas ponderadas en el art. 4. de nuestra informacion primera, consta notoriamente, y dissimular verdad tan manifiesta, no es de la atencion, y puntualidad, que dan à entender obseruan los Abogados del señor Marques.

61 En el *num*. 128. se dize, que cerramos el discurso en el *num*. 63. afirmando que en el juicio de tenuta no se puede tratar del enquentro de titulos, y lo que alli dezimos, no es esto, sino vna extension a la regla, de que en los juicios sumarios no se admiten excepciones, que requieren dilatado conocimiento de causa, aunque el q̃ las opone, se halle possedor; proposicion bien diferẽte de la que se nos impone.

62 Es verdad que en el *num*. 55. con *Decio*, y otros assentamos, que la question que nace de enquentro de titulos, se ha de reseruar para el petitorio, poniendo en possession al que funda de derecho, y esto no es dezir absolutamente, que en el juicio de tenuta, no se conoce de los titulos, si no que este conocimiento aya de ser sumario; de modo que si el que se opone al que tiene fundamẽto de derecho, es con titulo claro, y liquidable, se admita su oposicion, y se dè la tenuta al que segun la fundacion del mayorazgo deuiere suceder; pero si el titulo que alega contra el que tiene por si las presunciones juridicas, es de dificultoso, y largo conocimiẽto, entonces se ha de desestimar su pretension, remitiendola al juicio ordinario de la propiedad, y dando la tenuta al que funda de derecho.

63 Y en este sentido proceden las doctrinas que en la respuesta del señor Marques se alegan desde el *n*. 128. Y confessamos, que por fundarse en testamento del señor Conde Duque, aunque anterior al poder, es legitimo contradictor en el juicio possessorio, como lo sienten los que escriuẽ *in l. fin. C. de edict. D. Adria. Tollend.* y lo prueua disputando la question ad partes, Argel. *de legitim. contrad. quæst.2. art.1. à num.1.* pero esta contradicion no reduce el juicio a ordinario, sino que le conserua en los priuilegios de sumario, y executiuo, vt probauimus in prima, *nu*. 45. Y aunque nos hallaramos solo en los terminos de la *ley fin.* y de la *ley de Soria*, y no en el juicio de tenuta, que tiene mezcla de la propiedad, como quiera que ay por derecho co mun dificultad, en si el que viene cõ

tes-

testamento anterior, es de tal modo legitimo contradictor, que reduce el juizio possessorio a ordinario, para que se trate con pleno conocimiento del mejor derecho de los titulos, de qua agit latissimè idem Argel. *d. q.2.art.1.à nu.26.*en el *n.*107.concluye, que en España por la disposicion de la *l.3. tit.* 14. *part.6.* es sin disputa, que este juizio, y conocimiento, ha de ser sumario, breue, y executiuo, y consequentemente, sin admitir en el excepciones, quæ altiorem indaginem requirunt.

64 Lo qual es mas preciso, considerando las ventajas del titulo con que pide la tenuta el señor Duque de Medina, pus el poder, y las disposiciones en su virtud hechas, por ser posteriores, y tener las solemnidades de derecho, y estar otorgadas ante Escriuano, fiel, y legal, y por la presumpcion de la calidad natural, de que el señor Conde Duque estaua en su cabal, y entero juizio, han de ser preferidas, quando incontinenti, clara, y indubitablemente, no està legitimado el titulo del señor Marques de Leganes, y que no quedò el testamẽto del año de 42.reuocado por el poder, principalmente atendiendo, que la señora Condesa, muerto su marido, entrò en la possesion destos Estados, como su heredera, vt in prima a num.9. Y que don Gaspar Marques de Mairena, vltimo posseedor, muerta la señora Condesa, tambien posseyò por el titulo, como probamos in nostra *à n.*19.*&* *nu.* 420.*cum seq.* & diximus supra *n.* 17.*&* 18. Y asi no se ha de retardar la execucion de titulo calificado tan anteriormente a este pleito, y a la vacante presente, por el testamento del año de 42. reuocado, y nulo, valiendose el señor Marques para su apoyo de excepciones que piden dilatadissimo conocimiento, y de que solo se puede tratar en los juizios ordinarios.

RESPVESTA SEGVNDA.

65 A lo que se funda en nuestra informacion a num.*65*.de que el señor Marques està obligado a probar concluyentemente la excepcion de furor, que opone, por ser contra la presumpcion de calidad natural, responden sus Abogados desde el num. 143.hasta el num. 150. que le basta auer verificado el furor anterior, y posterior, que padecio el señor Conde Duque, pues de la probãça destos extremos, nace presumpcion cõtraria, que le releua de la prueua del mismo tiempo del acto, porque no se presume mudança, probado vna vez el furor, y mas verificado tambien el vltimo tiempo. Y esta regla està reconocida en nuestro papel en el num.84. pero cõ las limitaciones que se ponderan en los numeros siguientes, y pudieran los que la alegã escusar el dilatarse en comprobarla, pues no se pone en controuersia, passando a responder a las excepciones que padece, que todas se aplican a los terminos deste pleito, sobre que no discurrimos aora, reseruandolo a la respuesta tercera, en que en contrario se tratan.

66 Desde el num.151. hasta el 175.se gasta en querer persuadir los Abogados del señor Marques, que no pretende releuarse de probar la carga del furor, por ser reo, y estar

en

en possession, y que los Abogados del señor Duque se han cansado inutilmente en fundar desde el num.68. de su informacion este punto, porq reconocen ingenuamente, que los posseedores en el juizio de tenuta, quando no se trata del sequestro, sino dela determinaciõ en lo principal, no tienẽ priuilegio alguno, ni se desobligan de la prueba por serlo. Y sin embargo deste reconocimiento insisten en que el señor Marques, y su hijo son los que posseen, y no el señor Duque, y procuran responder a lo que contra esto se pondera en nuestro papel.

67 Pero como quiera que ni en esta respuesta, ni en la informacion primera no es nuestro animo dilatarnos en questiones escusadas, y que no siruan al intento, y que antes hemos procurado ceñirnos, quanto nos ha sido posible en pleito de tãtos cabos. Agradecieramos a los Abogados del señor Marques, que antes de aora huuieran hecho desistencia deste fundamento, que repetidamente tienen alegado en sus peticiones, a que tuuimos necessidad de satisfacer, no por ser de substancia, sino por no omitir oposicion alguna de quien no descubriessemos su flaqueza. Y pues se nos concede lo que pretendemos, queremos escusar a los señor Iuezes, la nueua molestia de inquirir, si es posseedor el señor Marques, quãdo por su parte se confiessa, que sea posseedor, ò no lo sea (como es mas cierto) no por esso se releua de probar la carga del furor, ni la transfiere en el señor Duque de Medina.

68 Desde el nu.176. se intenta dar satisfacion en la respuesta del señor Marques, a lo que se funda por parte del señor Duque en su informacion desde *n*.81. que sin embargo de tener el señor Marques probado que en los primeros dias de su enfermedad estuuo con phrenesi el señor Conde Duque, y que despues de otorgado el poder le sobrevino lethargo, tiene obligacion de verificar el furor del tiempo del acto, sin que se halle desobligado desta carga por la presumpcion que resulta del phrenesi antecedente, y del lethargo subsiguiente. Y aunque en el *num*.84. confessamos, que es comun doctrina, que vna vez probado el furor anterior, se presume dura entre tanto, que no se verifica lo contrario, y nos entramos haziendo esta oposicion, en que hasta aora auia hecho su mayor esfuerço el señor Marques, no solo en los alegatos deste pleito, sino en su primer papel, *à num*.106.*&* *num*.168. Y en otras partes, y solo en los numeros siguientes ponemos cinco limitaciones que tiene esta presumpcion, todas juridicas, y que se ajustan al caso presente.

69 La primera es, que no se presume perseuerancia en el furor anterior instantaneo, y accidental de pocas horas, y dias, y que se pide que cõtinuadamente aya durado por años, y meses, para que se presuma se continuaua al tiempo del acto, y reconociendo los Abogados del señor Marques, que esta proposicion es indubitable, y que no tiene contradictor, vt patet ex adductis in nostra, *num*.85.

se

ſe dan por vencidos, y confieſſan en el nu. 178. *cum ſeqq.* de ſu reſpueſta, que procede quãdo en fuerça del furor anterior, ſe quiere preſumir ſu cõtinuaciõ: pero que el ſeñor Marques no ſe funda ſolo en que el ſeñor CõdeDuque eſtuvieſſe con phreneſi antes de otorgar el poder, ſino tambien en que le ſobreuino deſpues el letargo, con que murio, y que de la vnion deſtos extremos, ſe induce la preſuncion, y prouança del medio tiempo, con que nos deſembaraçan de lo que latamente fundamos *à num.* 85. de nueſtra alegacion, vſque ad *nu.* 122. en que por obſeruar la diſtincion neceſſaria a la inteligencia de lo que ſe diſputa, tratamos primero de derribar la preſuncion ſola, que nace del furor anterior, entrando deſpues en el punto del lethargo ſiguiente, y de la junta de los extremos. Y porque no parezca que Abogados tan grandes ſe rinden en coſa tan ſubſtancial, en el *num.* 176. forman el diſcurſo que hazemos deſde el *num.* 84. a ſu modo, y no como alli ſe contiene, y con eſte miſmo preſupueſto diſcurrẽ en los numeros ſiguientes, y reſponden generalmente, que ninguna de las limitaciones que traemos, procede prouados entrambos extremos, y como diremos deſpues, las quatro vltimas, no ſolo ſiruen para deſvanecer la preſumpcion de que el furor dura, verificado anteriormente, ſino tambiẽ para excluir la prouança del medio tiempo, por eſtar prouados los extremos, aunque en la informacion primera ſolo las ponderamos por excepciones de la regla, *ſemel furioſus ſemper preſumitur furioſus.*

70 Y con eſte reconocimiento pudieramos paſſar a la preſumpcion (en que oy ſolo ſe haze esfuerço por el ſeñor Marques) de tener verificado los extremos de phreneſi anterior, y lethargo ſubſiguiente; pero antes nos ha parecido diſcurrir con breuedad por las reſpueſtas que ſe dã a las limitaciones fundadas en nueſtro papel.

71 Ponderan deſde el nu. 181. que algunos autores los referimos, deſmembrandolos para nueſtro intento; pero que leidos a la letra ſe conocerà prueuan ſolo que la continuacion, y perſeuerancia del furor, no ſe ha de preſumir quando antecedentemente no eſtà prouado por tiempo durable, que es la miſma limitacion de que nos valemos dicto num. 85. y que no hablan quando concurre el lethargo poſterior, confundiendo deſte modo los dos puntos en q̃ diſcurrimos ſeparadamente.

72 En el *num.* 187. *cum ſequẽt.* mezclan otra queſtion, ſin declararla, ni aplicarla, que es, ſi el furor anterior ſe ha de prouar proximamente al acto, para la preſumpcion de q̃ duraua en el, en que ay enquentro de opiniones: porque algunos eſcritores piden neceſſariamẽte la circunſtancia de que la prouança ſea de furor cercano, y no quieren que baſte auerle verificado de tiempo remoto, para inducir ſu duracion ſiguiente, antes en tal caſo dizen, que el acto ſe preſume hecho en tiempo de ſana mente, y de dilucido interualo, Bald. *in l. furioſũ, C. de his qui teſt. facere poſſunt, poſt num.* 1. *verſ. Secundo caſu, & ibi* Alexand. *in princip. &* Decius *num.* 27. Alexand. *conſ.* 147. *nu.* 12. *lib.* 7. Tuſch. *tit.* 4. *concluſ.* 540. *num.* 31.

31.*& concluſ.*544.*num.*23. Steph. Bertrand.*conſ.*48.*vol.1.part.2.num.*24.*&* 25.D.Couarr. *de ſponſalib.2. part.cap.2.num.* 6. Mantic. *de coniect.lib.2.tit.*5.*num.*6.*verſ. Vnde cũ quæritur*, Menoch. *lib.*6.*præſumpt.*45.*num.*69.Maſcard. *concluſ.* 825. *num.* 20. Farin. 1.*part. fragm.crim. verbo furor,num.*326.

73 Otros reprueuan eſta opinion de *Baldo*, y ſon de parecer que ſiempre ſe preſume duracion en el furor,aunque eſtè prouado de tiempo remoto,Iaſ.*in dict. l. furioſum, in princip.* & ibi Alexand. Tartagin. cum Angel. Fulgoſ. Paul. de Caſtr. & Pontan.Pariſ.*conſ.*88.*vol.*3.*num.* 15.Petr.Roicius *deciſ.Lituanic.*1.*n.* 111.Thadæus Piſo *lib.*1.*variar.cap.* 5.*num.* 8. *& aliĳ relati à* Farin. *vbi proxime num.*327.

74 Pero eſta queſtion no es deſte pleito,ni el ſeñor Duque de Medina pretende excluir la preſumpcion de que duraua el phreneſi en el ſeñor Conde Duque,quando otorgò el poder:porque eſtè prouado muy remotamente al acto,ſino por los medios que ſe ponderan deſde el *num.* 85.de nueſtro papel,y fuera buena eſta diſputa, ſi ſe valiera deſta excepcion, mas no quando admite, que el furor anterior eſtà verificado de tiempo cercano,y paſſa a las limitaciones de la regla,que todas ſe aplican,aunque ſe aſsiente eſta proximidad.

75 Y ſola la de la recta diſpoſicion de qua in prima *à num.*99. baſtara para deſvanecer la preſumpciõ, que puede reſultar de eſtar anterior, y cercanamente prouado el furor, Gerard.Maçollus *conſ.*12.*num.* 11. ibi: *At vbi qualitas diſpoſitionis arguit ſanam mentem,& ſi incontinenti, vel modico ſpatio poſt furorem condiderit teſtamentum, alleganti furorem incumbit onus probandi* Petr.Roiz.*d. deciſ.Lituan.*1.*num.*110.ibi:*Sed hæc Oldradi,Baldique opinio noſtrã quæſtionem non onerat, de eo quippe teſtamento accepta eſt, quòd more prudentium factum non apparet, ſiue totum, ſiue quædam eius pars.*

76 Deſde el *num.* 189.intentan reſponder a la ſegunda limitacion, q̃ in noſtra ſe funda a *n.*87.de que probado algun intervalo ceſſa la preſumpcion de la continuacion del furor, y dizen, que los Doctores Franciſco de Medina,y Laçaro de la Fuẽte no deponen q̃ recobraſſe ſu entero juizio el ſeñor Conde Duque el Martes 18.de Iulio por la tarde, por eſpacio de cinco quartos de hora, y eſto es no auer leìdo ſus depoſiciones, mem. n.223.y224. Porque en ellas aſsientan, que le reconocieron con juizio, y diſcurſo cabal, y el auer dilatado el darle entonces los Sacramentos, no fue por falta del,ſino por eſtar cercano el crecimiẽto,y no parecerles tiẽpo baſtãte el q̃ reſtaua para concluir accion que pide tanto ſoſſiego: pero quando les concedamos, que eſte no fue intervalo perfecto,no ſe puede dudar, que el Miercoles ſiguiente deſde el amanecer, haſta las once de la maña, no le tuuieſſe perfectiſsimo, como conſta de las probanças del ſeñor Duque, en que ſe diſcurre largamente, *art.*2.de ſu informacion, y eſto es baſtante para q̃ ſe aplique la limitacion.

77 La tercera limitacion que fundamos, *à n.*88.*vſq.ad nu.*97.de nueſtro primer papel, cõſiſte en que

el

el phreneſi que padecio al principio el ſeñor Conde, no ſe puede preſumir continuado en el tiempo del poder, por auer ceſſado la cauſa que le ocaſionaua, y auer paſſado la enfermedad a calidad contraria con el lethargo. Y contra eſto dizen *à n.* 192. que la limitacion procede en los delirios accidentales, y que el que padecio el ſeñor Conde, no fue deſte genero, porque reſultaua de la grauedad de la calentura, que le durò haſta que murio.

78 Pero es facil la replica con lo que en la informacion del ſeñor Duque eſtà preuenido *à n.* 110. que antes por auer tenido el ſeñor Conde el delirio con calentura, ſe juzga el furor por accidental, y no continuo, & præter ibi relatos probat etiã Padilla *in l. ſanum mente, C. de tranſact. num.* 12. Y tampoco es cierto, que el phreneſi ſe ocaſionaua de la calentura, ſino de los crecimientos, y vapores, que en aquel tiempo le ocupauan el celebro, como tambien probamos *à n.* 113. Vnde, en templandoſe, y ceſſando las acceſsiones, aunq̃ no de todo punto, ſe deſarraigaſſe la calentura, cobraua ſu juizio, y ſoſsiego.

79 Y no ſolo ceſsò la cauſa, que era el phreneſi, ſino que paſsò a letargo, enfermedad totalmẽte opueſta, vt diximus, à num. 90. in prima. Y aſsi no ſe puede poner en controuerſia, que faltaſſe el origen, y cauſa del phreneſi, pues ſe introduxo calidad contraria, que causò el lethargo. A que reſponden los Abogados del ſeñor Marques en el n. 200. que no porque ſobreuinieſſe el lethargo, ceſſò el phreneſi, coſa impoſsible, y contra toda razon. Porque aun miſmo tiempo, reſpecto de la miſma parte del celebro, no pudo preualecer en ſumo grado, el humor colerico, que cauſa el phreneſi, y el flematico que cauſa el lethargo, ni pudo el ſeñor Conde padecer dos afectos juntos, que el vno produce vigilia perpetua, inquietud, y mouimiento, y el otro ſueño profundo, y inſenſibilidad, y fuera querer, que aun miſmo tiempo, velaſſe, y durmieſſe, y y eſtuuieſſe inquieto, y ſoſſegado, contrariedades, quæ mutuo ſe expellunt, vt diximus n. 127.

80 Y aora deſpues devista la informacion del ſeñor Duque, y reconocida la fuerça de ſus fundamentos, ſe han pueſto los Medicos, y Abogados, q̃ han eſcrito por el ſeñor Marques a imaginar algun genero de enfermedad, que cauſe ſueño, y vigilia para aplicarſela al ſeñor Cõde Duq̃, ſin aduertir, q̃ quãdo ſea poſsible, no por eſſo ſe verifica la padecieſſe, y q̃ los Medicos que le curaron, en ſus depoſiciones no dizen coſa ſemejante, y van conteſtes, en que al principio tuuo phreneſi, y que deſpues de la vna del dia, Miercoles 19. de Iulio le ſobreſaltò el accidente nueuo del letargo, y no ay teſtigo que diga, que alternatiuamente eſtuuo phrenetico, y letargico en ningun tiempo de ſu enfermedad.

81 Vnde, el accidente que llaman *Cataphora*, Arabibus *ſubet*, que es lo miſmo q̃ *comma vigil*, no es el q̃ padecio el ſeñor Conde, porque eſte afecto, como dize Zachias *lib. 2. q. medic. legal. tit. 1. quæſt. 13. n. 15. eſt procliuitas inſommum, ob quam ægri ſæpe dormire deſiderant, ſomnuſque nõ*

con-

continuus est, sed breuis, & interruptus, & sæpe de loco ad locum mouentur, tamquam ij qui dormire conantur, non tamen quietem in somno inueniunt, y ni trae consigo perfectá vigilia, ni sueño perfecto, Forest. *lib. 10. obseruat. 24. inscholijs.* Y si se mira a todo el tiempo antecedente, hasta el dia Miercoles, lo que ha querido probar el señor Marques, es, que el señor Conde estuuo tan inquieto, y furioso, y tan fuera de si, que fue fuerça inuentar ciertos instrumētos, para que pudiesse comer, que son efectos del phrenesi, y no ay quien deponga, que tuuiesse propension al sueño, y que durmiesse, y despertasse frequentemente, y ni hallasse quietud en el suño, ni en la vigilia, que eran circunstancias de que se auia de inducir la *Comma vigil*. Y si se mira al tiempo posterior, todos los testigos van conformes, que desde el medio dia del Miercoles hasta que murio, estuuo con lethargo profundo, sin despertar por breue, ò largo espacio: y assi es sin fundamento la enfermedad, que nueuamente se há fingido, para dar algun color a las contradiciones del Doctor Maroja, y euadir los argumentos del señor Duque de Medina.

82 Y sin embargo, quando el señor Conde huuiera padecido por la cōtrariedad de humores, *la cataphora*, ò *comma vigil* (lo qual negamos) todavia el poder se auia de juzgar por valido, porque como dize, hablando de los que tienen este afecto el mismo Zach. *vbi supra num. 10. In his illud locum habere potest, quòd si quem actum gererent, quem quilibet sanæ mentis faceret, irritus esse non deberet, & ratio est, quia inter dum, natura valida vi, ac impetu quodam excitato, turbidis vaporibus a rationis sede deturbatis, sanitati mentæ restituit, vel saltim intervalla dilucida concedit.*

83 A la ponderacion que hazemos in prima *à num. 93.* de la calidad media de templança, que fue precisso adquiriesse el señor Conde, passando el phrenesi al lethargo, dizen los Abogados del señor Marques desde el num. 202. de su respuesta, q̄ fuera buena, sino huuiera sido el trāsito a enfermedad, que tambien causa delirio encubierto con el sueño, y esto es dezir, que el señor Cōde igualmente estuuo incapaz en el rigor del phrenesi, y en lo profundo del lethargo; pero no es responder al medio tiempo en que por introducirse calidad contraria a la anterior, con transito de caliente a fria, es necessario q̄ aunque participasse de los fines de phrenesi, y principios de lethargo, fuesse con tal remission vno, y otro, que no le embaraçasse la libertad de la razon.

84 Y hablando con propiedad, no es cierto que quien tiene lethargo està con delirio encubierto (como en contrario se dize) porque en esta enfermedad se pierden totalmēte los vsos de la facultad racional, y de la imaginacion, y memoria, y solo queda libre la respiracion, Bartolom. Castello *in lexic. medic. verb. caros*, Zach. *d. lib. 2. tit. 1. quæst. 13. nu. 3. &* 14. Y el q̄ delira no tiene perdidas estas facultades, sino deprauadas, idem Castell. *in verb. delirium*, Zachias *dict. lib. 2. tit. 1. quæst. 1. nu. 12.* Y nunca el furor se causa de humor

mor flematico, ſino colerico, y irritante, vt probat Galen. *cuius verba adduximus, num.96.* de nueſtra alegacion.

85 En el *num.205.* ſe dizè, que haſta las onze, ò las doze del dia Mier coles, predominò la calidad del phreneſi, que es lo miſmo, que en ſu depoſicion quiſo dàr a entender el Doctor Maroja, para incluir el acto del poder dentro deſta enfermedad; pero està conuencido claramente en nueſtro papel *à num.95.* a que no ſe replica coſa de nueuo, y ſolo ſe añade, q̃ no ſe mudò el phreneſi a calidad opueſta, ſiendo cierto que paſsò a lethargo, enfermedad contraria cõ el phreneſi, vt in prima *num.91.* y cõ ſecutiuamente ſe contradicen a la propoſicion primera, confeſſando q̃ huuo trãſito de vigilia à ſueño, y del humor colerico predominante al fle matico, que ſon extremos encontrados, y entre cuyo mouimiẽto ſe causò la remiſsion del medio, en que el ſeñor Conde Duque obrò, y diſpuſo con juizio entero, y cordura, vt probauimus *à num.94.*

86 En el *num.207.* dizen, que es coſa impoſsible, que en el interme dio tuuieſſe el ſeñor Conde conocimiento, y memoria para teſtar, quãdo era preciſo que al paſſo que iba faltando el humor calido, que cauſaua el delirio, ſe introduxeſſe el frio, que ocaſsionaſſe el lethargo, y eſta razon es la que ſe opone a ſu intento derechamente, y fauorece nueſtro diſcurſo, pues en todo aquel eſpacio, mientras el calor eſtuuo templado, y ſe apoderò del celebro en toda ſu fuerça el humor contrario, fue quan do ſe deſcubrio en el ſeñor Conde el ſano, y entero juizio con que ſe halla ua en el acto del poder.

87 Y auiendo decaido yà de ſu rigor el phreneſi, y deſocupadoſe la cabeça de los humores que le cauſauan, ceſsò el delirio, coſa que aun ſin la introducion de contraria calidad, ſe ve cada dia por experiencia en los phreneticos, que ſe recobran en los vltimos terminos de ſu vida, vt ex Valles *in 3. de morb. vulgar. ſect. 3. ægrot.14.* obſeruat Zach. *d. lib. 2. tit. 1. quæſt. 13. num. 12.* his verbis, *videmus pleroſque exijs, qui in febribus inſaniunt, cum morti proximi ſunt, ad mentem parumper redire.* O ſea como quiere el miſmo *Zach.* por faltar entonces la facultad retentriz, con que la materia que ocupaua el celebro, y cauſaua el delirio, deſciende al coraçon, y le ſufoca poco a poco, gozando entretanto el enfermo de ſu diſcurſo, y capacidad, ò ſea como dize *Valles* en el lugar referido, por el vltimo esfuerço, que haze la naturaleza en aquel aprieto.

83 Menos pudo ocaſionar incapacidad al ſeñor Conde en el tiem po del poder, el lethargo futuro que le ſobreuino quatro horas deſpues; pues aun en los primeros inſultos, antes de introducirſe ſueño profundo, y quando el enfermo eſtà cõ propenſion a el, no priua de la razon el lethargo que empieça al que le padece, y aſsi ſe ſoſtiene por valido el acto hecho en aquel eſpacio, como prueua Zach. *d. lib. 2. tit. 1. quæſt. 13. à num. 7.*

89 Eſtos que ſon argumentos innegables, y que para conocer ſu fuerça, por eſtriuar en principios naturales, y hazerlos notorios la experien-

tiencia, no necessitan mas que de la razon comun, se llaman filosofias en la respuesta del señor Marques, *d.n.* 207. y es verdad que lo son; pero tan seguras, que no se les da salida cõ todas las subtilezas que en contrario se han buscado. Y concurre otra circunstancia harto de notar, en el modo con que los Abogados del señor Duque fundan sus discursos; pues se ajustan a los autos del pleyto, y a las deposiciones de los testigos de entrambas partes, haziendo manifiesta la causa del interualo del Miercoles, entre las dos enfermedades que tuuo el señor Conde Duque del phrenesi, y del lethargo. Pero los del señor Marques han imaginado vn accidẽte diferente del que padecio, formãdole a su modo, y oponiendose en quanto a esto a lo que consta por sus mismos testigos.

90 La quarta limitacion de que en la alegacion nuestra se habla *à n.* 98. es la que resulta de la prudente, y cuerda disposicion, que se contiene en el poder, cõ que se deshaze la presumpcion de que le duraua el phrenesi en aquel tiempo al señor Conde. Pero nos oponen *à num.* 209. de su respuesta, que antes es argumento de no auer estado en su entero juizio el mismo poder; pues en el no se acordò del testamẽto que tenia hecho en el año de 42. ni de su hijo, ni de otro algun deudo, dexando sus bienes libres, y por su heredero vniuersal a la señora Condesa, y desde el *num.* 211. ponderan algunos autores de los alegados por nuestra parte, en que dizen se halla prouada la conclusion, de q̃ es indicio de locura, instituir a los estraños, oluidandose de los proprios, y sin embargo que a esta oposicion estan dadas tan cõcluyentes respuestas en el papel primero del señor Duque, *à num.* 102. & latius *à num.* 341. los Abogados del señor Marques se hazen desentendidos dellas en este lugar. Y porque quando lleguemos al que lo es deste punto, es fuerça tratar del, y responder a lo que en contrario se dixere de nueuo, por no duplicar el discurso, reseruamos para alli la satisfacion a todo.

91 La conclusion de que el testamento hecho por el furioso, es valido, quando la disposicion es cuerda, y ajustada, no se puede dudar es comun, vt in prima *n.* 100. *& seq.* Y los autores alli referidos, todos la fundan en el que anteriormente, esta tenido por verdadero, y consumado loco: Porque tienen por mas fuerte presumpciõ la de la recta disposiciõ, para conocer que recobrò su juizio, quien obrò prudẽtemente, que la del furor anterior, que induce congetura de auerse continuado hasta en el mismo acto: y assi no es legal la concordia que en la respuesta del señor Marques, se dà *à num.* 221. de que solo procede la opinion destos Interpretes, quando presumptiua, y no claramente està verificado el furor antecedente. Y Menoch. *cons.* 45. *nu.* 40. *vers. Ita pariter* citado en contrario, reconoce por mas eficaz la presumpcion de la disposicion solemne, y cuerda, que otros qualesquiera indicios, que concurrian de furor. Vnde, no estando por el señor Marques probado, que el señor Conde quando dio el poder, se hallasse incapaz para testar, y queriendo verificarlo solo con la congetura del phrenesi

anterior. y del lethargo ſubſiguiente, viene a componerſe toda ſu probança de vna preſumpcion, que ſe vence, y deshaze con la mayor, y mas fuerte de la cuerda, y recta diſpoſicion.

92 Y eſta doctrina no tiene cõtradictor, quãdo el furioſo anteriormente tenia dilucidos interualos; porque en tal caſo el teſtamento otorgado con prudencia, ſe juzga ſin diſputa, por hecho en tiempo del interualo, y para ſacar la materia de controuerſia, y no amas no poder, como ſe dize en la reſpueſta del ſeñor Marques, num. 233. ſe ajuſtò en el papel primero del ſeñor Duque eſta concluſion a num. 106. y yà que ſe reconoce por verdadera, replican en el numer. 235. que los Autores que la prueban referidos en el *num.* 107. Y aſsi todos ſon ſacados de *Farinacio, verbo furor, num.* 331. y que no le alegamos, porque no ſe vieſſen las limitaciones que pone en los dos numeros ſiguientes, acuſaciones entrãbas injuſtas: porque *Farinac.* eſtà citado en el lugar donde ſe echa menos, y de los autores que el alega, ſolo ſe traen tres, ò quatro, ſiendo mas de diez los que ſe añaden, y deſta me nudencia tan ponderada en la reſpueſta del ſeñor Marques, ſe deſcubre la gana con que ſus Abogados han eſcrito, de encontrar con algo q̃ deſdixeſſe de la puntualidad, que aſsi en eſte papel, como en el primero hemos procurado obſeruar.

93 Las falencias deſta regla cõ *Farinac.* quieren ſean dos. La primera, quando el teſtamento cuerdo, ſe otorgò ad interrogationem. Y la ſegunda, quando no eſtan probados dilucidos intervalos. En quanto a la primera (con que tambien quieren dar ſatisfacion, a num. 226. a lo que ſe funda por el ſeñor Duque, *n.* 102. *& ſeq.* de auer ſido prudente, y legitima la diſpoſicion del ſeñor Conde) no ſe aplica a eſte pleito: porque el poder no ſe otorgò ad interrogationem, vt conuincitur ex traditis in prima a num. 462. en cuyo lugar reſpõderemos a lo que ſe replicare nueuamente. Y en quanto a la ſegunda, la oponion contraria es comun, como haſta aqui hemos fundado, cæterum, quando la limitacion fuera verdadera; el ſeñor Conde tuuo dos intervalos conocidos el Martes en la tarde, y el Miercoles por toda la mañana, en los quales eſtuuo con aptitud para teſtar, *l. furioſum, C. qui teſtam. facer. poſſ. l.* 13. *tit.* 1. *part.* 6. y aſsi la falencia es en nueſtro fauor.

94 Sin que obſte lo que ſe dize, que eſtos no fueron intervalos perfectos, lo qual auian ponderado tambien en ſu primera informacion, *nu.* 168. *& n.* 171. Porque lo contrario es cierto, por la depoſicion de los Medicos, y de los demas teſtigos del ſeñor Duque, que van conformes, en que el Martes por la tarde por mas de cinco quartos de hora, en la remiſion del crecimiento, el ſeñor Conde eſtuuo en ſu cabal, y entero juizio, y que el Miercoles ſiguiente deſde el amanecer, por eſpacio de mas de cinco horas, diſcurriò, y obrò ſin mezcla de delirio con las atenciones aduertidas en el *art.* 2. de nueſtro primer papel, y ſino huuiera recobrado ſu entendimiento, no fuera poſsible q̃ en tanto tiempo no ſe huuiera manifeſtado en alguna accion, ò palabra

bra

bra el desconcierto, y estos son intervalos perfectissimos en sumo grado, y lo que dizen Bald. *in l. humanitatis, num.74. C. de impuber.* y Roder. Suar. *alleg.1. num.20. vers. Ita*, citados en el n.239. de la respuesta contraria, confirma este sentimiento, porque cō raçon no tienē por intervalo seguro, en el que el enfermò, dize alguna palabra concertada, si instantaneamente buelue a delirar, pero el que perseuera en su juizio por espacio no breue, sino tan dilatado, como en nuestro caso, no ha auido escritor, q̄ afirme no sea suficiente intervalo.

95 El fundamento es, porque solo se pide, q̄ el intervalo sea dilucido, esto es claro, y conocido, l. *furiosum, C. qui test. facer. poss.* ò intervalo simpliciter, *l. Diuus, de offic. Præsid. l. si cū dotem 22. §. si maritus, vers. An autem, ff. solut. matrim.* y los intervalos no son otra cosa, vt loquitur, *l. cum alijs 6. C. de curat. furioss.* quam *confinia furoris, & sanitatis*, aut *tempus intermissi furoris*, Paulo 3. *sent. 4. §. 5. & in §. 1. instit. quib. non est permissum facer. testam.* ò vnas treguas, *d. l. furiossum quæ induciæ inquibusdam breues, alijs maiores ab huiusmodi vitio inducuntur*, vt sunt verba, *d. l. 6. C. de curat. furiosi*, y la regla para conocer si el intervalo es perfecto, se ha de tomar de los discursos continuados, en que no aya mixtura de furor, como probamos in prima *n.* 104. & *n.* 240. de que se induce verdadera quietud, y sossiego, y se distingue, *ab inumbrata quiete* de qua *in l. quod meo 18. §. 1. de acq. poss.* quæ vt ibi ait Gotofred. *potius quietis vmbra, quam quies est.* Y assi como sombra no tiene cuerpo, ni consistencia, y se desvanece breuemente, boluiendo el enfermo al desconcierto de sus acciones, y discursos.

96 Y se ha de hazer distincion de los phreneticos, que por el accidēte de la fiebre deliran a los q̄ sin ella, por vicio essencial del celebro son furiosos: porque en estos el mal vna vez introducido, por su naturaleza es perpetuo, y insanable, y se reputa por cosa accidental el que falte, y assi en ellos se requiere mas especulacion, y mas tiempo para calificar el interualo. Pero en los phreneticos por calētura, es todo al rebes: porque el delirio que padecen, ni es perpetuo, ni natural, como se prueua latamente in prima *num.* 110. y se presume que cessa en mitigandose el rigor del crecimiento. ibidem, *num.* 117. Vnde, la capacidad que descubren en tiempo de la remission, se ha de tener por verdadera, y no simulada.

97 Y de la variedad destos afectos resultan otras diferencias entre los phreneticos, y los furiosos sin enfermedad, que estan ponderadas en la informacion del señor Duque. La primera, *num.* 109. que el phrenetico eo ipso, se equipara al que tiene dilucidos interualos. La segūda, *num.* 118. q̄ el padre no puede hazer substitucion exemplar a su hijo phrenetico, como la puede hazer al furioso. Y la tercera, *num.* 119. que no es irregular el que ha padecido phrenesi, aunque lo es el que ha tenido otro genero de locura. Doctrinas todas assentadas, y contra que no se replica cosa alguna, y dignas que se ponderē mucho, para no confundir lo que algunos autores han dicho de los lo-

cos

cos sin enfermedad, con los que por accidente, y con calentura deliran.

98 Desde el *num.* 248. quieren responder a estas conclusiones, que constituyen la quinta y vltima limitacion, de que no se presume duracion en el furor, quando nace de enfermedad accidental, y confiessan q̃ si el phrenesi se origina de la calentura, al passo que cessa la fiebre, cessarà el delirio; pero que en el tiempo que dura, tan inhabil està para testar el phrenetico, como el furioso por naturaleza. Y es sin duda que si el señor Conde huuiera estado sin juicio quã do otorgò el poder, y esto lo huuiera verificado positiuamente el señor Marques (como es su obligacion) el acto fuera irrito, y nulo por falta de voluntad, y importara poco que el delirio prouiniesse desta, ò aquella causa, siendo verdad que entonces se hallaua incapaz para hazer testamẽto, y sin libertad, ni deliberacion en lo que obraua, *cap. fin. de succes. abintest. l. 2. de testament. l. furiosum, C. qui testam. facere possunt, §. præterea, vers. Item furiosi, Instit. quibus non est permis. facere testam. l. 13. tit. 1. part. 6.* Pero no estamos en terminos de prouança verdadera, sino de la presuntiua, por estar verificados los extremos, de que se quiere inducir continuacion en el medio tiempo, y este es el caso en que procede la limitacion: porque respecto de la calentura el phrenesi no se reputa por enfermedad continua, y falta la presumpcion de que perseuera in futurum, vnde, no se arguye bien del que actualmente delira (que es intestable) al q̃ delirò anteriormente, ex accidenti.

99 Y ni era la calentura la que ocasionaua el desvario, sino las accessiones, quando estaua en todo su augmento: porque en aquel rigor subian los humores, que ocupauan el celebro, y embaraçauan los organos de la razon; pero en las remissiones cessaua la causa, y boluia el señor Cõde a su acuerdo, y sossiego, como està prouado en el papel primero a nu. 113. con doctrinas indiuiduales al intento, assi de Medicos, como de Iuristas, a que no se responde por el señor Marques cosa alguna.

100 En el *n.* 256. *& seq.* se pondera el lugar de Menoch. *lib. 6. præs. 44. n. 1.* cuyas palabras referimos nu. 110. y dizen que siguio la opinion de *Alciato* de que no se presume dura la enfermedad accidental de calentura, pero limitandola quando su termino es passado, y el enfermo està restituido a su salud, y si constara de la sanidad, en vano se discurriera en la presuncion, de si se continuaua todavia el accidẽte, y assi *Menochio* en aquella clausula: *Quod intelligerem, (si modo tantum temporis, elapsum est quo consueuit morbus ille curari, & sanitati pristinæ eo affectus restitui* (que en contrario se alega) no dize que el enfermo aya cobrado su salud, sino que aya passado el tiempo, en que ordinariamente suele curarse la enfermedad, para que tenga lugar la presuncion de auer faltado, que es lo que concurrio en este caso, porque el crecimiento que causaua el delirio, tuuo principio a cosa de las seis el Martes en la tarde, y segun el curso ordinario auia de estar remitido esotro dia al amanecer, que fue el tiempo en q̃ el señor Conde se hallò con perfectissimo sossiego, y conocimiento.

No

101 No es menos violenta la interpretaciõ que se dà a *Paul.Zach.* en el *num.*258.*& seq.* Porque no dize, que para que no se presuma la con tinuacion de la enfermedad, ha de auer cessado la calẽtura, sino que por ser por su naturaleça breve, y no durable, no corre en el phrenesi la presuncion, que en los otros generos de demencia; y que por esto no basta auerse probado del tiẽpo anterior: y esto se conuence de todo el contexto del lugar, y no de las palabras que se desvnen. Y aunque *Zachias* no trae en apoyo de su sentencia Author Iurista, no por esso dexa de hazer gran peso, por ser no solo insigne medico, sino muy versado en Derechos; y tiene bastante comprobacion su sen imiẽto, con los demas Authores, que le agregamos *num.* 110. quando no se hallarà Escritor de alguna facultad, que diga lo contrario.

102 Y Paulo Christin. *decis.* 182. *num.* 14. *vol.* 1. alegado por el señor Duque, haze distincion tambien, entre el phrenetico, que solo tiene enfermedad temporal, y no durable; porque se origina de la calentura, y entre el furioso por enfermedad essencial: y asienta vna regla general: *Quod* (in phrenetico) *non habet locum dispositio, quæ de furiosis, aut perpetuo morbo loborantibus loquitur.* Y asi bien se induze, que aunque en otras demẽcias proceda la presunciõ de que duran, no corre en los phreneticos, y para esto se pondera este lugar: y aunque en el està tambien la conclusion de que el phrenetico no puede disponer, de que echan mano los Abogados del señor Marques *n.* 250. *& seq.* (como si esto se negara) se ha de entender, quando consta del phrenesi del mismo tiempo del acto; pero no quando se infiere del anterior, y posterior.

103 El Cardenal Lugo *tom.*2. *de iust.& iur.disput.*24.*sect.* 4. *num.* 62. se confiessa en la respuesta del señor Marques, *nu.*262.*cum seq.* prueua la misma proposicion; pero se nos acusa, de no auer visto, ò auer de proposito omitido lo que añade en el *num.*63. Y antes de responder hazemos el mismo cargo a sus Abogados, que disimulan las palabras antecedentes a las que trasladan, ibi: *Deinde loquendo de ægroto delirante, qui casus frequentior est, quando de valore testamenti controuertitur, communiter loquendo notarius, & testes, qui de testamento testantur, testificari etiã possunt, an in aliјs materiјs tunc temporis, sanam mentem ægrotus ostenderit, & eorum dictis standum erit.* Y asi la primera prueua a que recurre este a utor para el valor del testamento, es si el escriuano, y los testigos instrumẽtales deponen que estaua en su juizio el enfermo quando le otorgò, discurriendo en otras materias con cordura, a quien refiere, y sigue Dian. *part.* 7.*tract.*6.*resolut.*12. *vers. Verum.* Y es cierto que Bernardino de Benauides, y los testigos del poder, han dicho en su fauor: y con esto no era menester passar à las conjeturas, de que el Cardenal habla, con el presupuesto, *si vero de hoc non constet.* Pero aun sin este resguardo, no son contra el señor Duque las palabras que se ponderan en contrario; porque en ellas quiere, que el indicio se tome del tiẽpo immediato anterior, ò posterior al testamento, para que en caso de du

da se juzgue por valido, si el enfermo proximamente no delirava, y por nulo si deliraba: y esto es en nuestro favor, pues en el tiempo mas cercano al poder, que se otorgò, como a las nueve de la mañana, el señor Conde auia estado en su juizio, antecedentemente desde el amanecer, y despues permanecio en el mismo estado, hasta las once, en que se recogio à dormir; y este es el tiẽpo immediato, y contiguo al acto, de que se deue hazer aprecio, conforme al *Cardenal Lugo.*

104 Desde el *num.*264. dizen, que no hallamos que responder à la alegacion de Roder. Suar. 1.*n.*19. Cald.*conf.*24. *num.* 19. quando prevenidamente estàn respondidos por varios medios, in nostra, *à num.*112. contra que no se replica cosa considerable; y no dezimos, que no hablaron en enfermos phreneticos, sino que el phrenesi en ellos era proprio con vicio essencial de las partes del celebro; y que el señor Conde por señales manifiestas padecio phrenesi improprio, ò paraphrenesis per consensum aliarum partium: y tampoco dudamos, que no està apto para hazer testamento el enfermo, que al mismo tiẽpo, con proprio, ò improprio phrenesi delira, ni sobre tal punto, hemos movido question con el señor Marques, sino sobre que, ni presumptiva, ni afirmatiuamente tiene verificada la demencia en el acto del poder.

105 Las limitaciones antecedentes (excepto la primera) fundadas en nuestro papel, desde el num. 88. hasta el num. 122. para que el furor anterior no se presuma continuado, lo son tãbien para excluìr la presumpcion del medio tiempo, que se induce de la prueba de los extremos antecedente y subsiguiente (en que los Abogados del señor Marques hazen oy solamente su esfuerço) como es facil reconocer, discurriendo en cada vna de por si, con las doctrinas que dexamos ponderadas; porque en todas se halla interrumpido el medio, por calidad, ò presumpcion contraria, lo qual impide que se junten los extremos.

106 Del modo, que aunque esten verificados en la possession, con que se presume tambien el medio, *cap. olim* 17. *de restit. spoliat.* D. Couar. *pract. cap.* 17. *num.*3. *vers. Idem ipse censeo, & num. fin. vers. Duodecimo*, Surd. *cons.*73. *num.*46. *& seq. vol.* 1. No ha lugar esta presumpcion, si se prueba otra mas fuerte q̃ la derrive, ò el auerse introducido calidad contraria en aquel tiempo, Alciat. *reg.*2. *præs.* 21. *num.* 11. Menoch. *de retin. remed.* 3. *num.* 557. Surd. *cons.* 160. *num.*83. Rot. *decis.* 9. *num.* 15. *&* 16. *p.*5. *& decis.* 100. *n.* 11. *part.*7. Posth. *observ.* 17. *à nu.* 29. *& decis.* 20. *n.*4. Porque el embaraço, y la interrupcion en el medio, excluye la cõtinuacion, Cœsar de Grasis *decis.* 7. *n.* 6. *de causa possess. & propriet.* Rot. *decis.*4. *num.* 14. *part.*2. *divers.* ibi: *Si probetur aliquis actus inter medius continens priuationem possessionis, & decis.*221. *part.*6. *num.* 10. ibi: *Facit regula quod probatis extremis media præsumuntur, quando in medio non adest obex, vel interruptio, quæ impediat continuationem.* Y siempre la inhabilidad del intermedio, embaraça la vnion de los extremos, *l. tria prædia, de seruit. rustic. præd.* Menoch.

cons.

consil. 111. *num.* 2. *& cons.* 172. *num.* 5. Thusc. *lit. E. conclus.* 684.

107 Y assi estando probados los intervalos, en que el señor Conde se hallò con juizio entero: y auiendo cessado la causa del phrenesi, y introducidose calidad contraria, y concurriendo otra presumpcion mas eficaz, que nace de la recta disposicion, de que se componen la limitacion segunda, tercera, y quarta, no es de importancia el argumento, en que el señor Marques estriba, de tener verificados los extremos; pues està interrũpido el medio con probanças, y presumpciones superiores. Y en quanto a la quinta limitacion procede lo mismo; porque la enfermedad accidẽtal, como es el phrenesi, no se tiene por probada, aunque lo esten los extremos Alciat. *reg.* 2. *præs.* 22. *num.* 5. ibi: *In contrarium facit, quia sequeretur absurdum, quod in his quæ sunt accidẽtalia, nec natura sui durabilia, per ista extrema præsumatur medium*, Thusc. *litt. M. conclus.* 173. *num.* 29.

108 Y sin embargo de estas respuestas, se dà otra en nuestra informacion concluyentissima à num. 123. que es ser encontrados los extremos, q̃ se quieren juntar para la presumpcion del medio; porque el phrenesi, y el lethargo, son enfermedades opuestas, vnde, no teniẽdo el medio necessaria cõnexiõ cõ los extremos, q̃ son, no solo separados, y diferentes, sino contrarios entre si, cessa la vnion, vt probavimus num. 126. in prima, & tenet Cardinal. *in cap. sicut* 60. *distinct.* vbi ait: *Quod ista præsumptio, non habet locum, nisi quando medium habet coniunctionem cum extremis, quæ inferũt consequentiam necessariam*, Immola *cons.* 9. *quod quãvis probaretur, quod aliquis forensis à decem annis, vltra esset in ista ciuitate, in qua est etiam hodie, non sequeretur, quod debeat præsumi, quod medio tempore semper in ea fuerit*; quos refert Alciat. *reg.* 2. *præs.* 22. *num.* 5. Y auiendo de responder à esto los Abogados del señor Marques, no lo hazen; aunque desde el n. 267. lo procuran: pero con conclusiones que no hazen al intento.

109 Porque Argel. a quien citã *de acq. poss. quæst.* 3. *art.* 1. *num.* 96. solo prueba la regla que entramos, cõfessando, *num.* 124. de nuestra informacion, *quod probatis extremis præsumatur medium*, pero no habla en la limitacion, de quando son los extremos encontrados, y querer, que porque en el num. 94. propuso furor anterior. Y en el num. 96. demencia subsiguiente, desto se induzga, que fue de opinion, que se vnen los extremos, aunque sean separados, es manifestar el aprieto en que se hallã, mendigando prueba tan agena del sentimiento de *Argelo*, que como pudo dezir, *probato furore anteriori, & posteriori*, dixo: *probato furore anteriori, & dementia posteriori*, palabras ambas genericas, y que no significan esta, ò aquella especie de delirio, sino todo genero de incapacidad, vt notat Zach. *lib.* 2. *tit.* 1. *quæst.* 1. *à num.* 4.

110 Otra conclusion traen à nu. 270. que ni es segura, ni del proposito, porque aũque Alex. *cons.* 92. *n.* 23. *&* 24. *lib.* 5. quiso defender, que probado el furor posterior, se presuma auerle auido tambien en el acto antecedente, esta opinion es comunmente reprouada; *Nunquam enim de*

de præsenti præsumitur in præteritum, quando status præsens habet contra se veritatem alicuius præcedentis status, vt loquitur Surd. *cons.* 135. *num.* 53. como en el señor Conde, que solo en los dos, ò tres dias primeros de su enfermedad padecio phrenesi, auiendo en lo demas de su vida tenido la gran capacidad que es notoria, y en los mismos terminos de demencia lo resueluen contra *Alexand.* Aretin. & Paul. *in l. qui testamento*, §. *item furiosum, de testam.* Corn. *cons.* 216. *num.* 13. *lib.* 3. Rot. *decis.* 107. *n.* 26. & 27. *part.* 2. *diuers.* Tusch. *verbo furor conclus.* 542. *à nu.* 17. & 550. *num.* 5. Moses. *cons.* 8. *num.* 35. Gerard. Maçol. *cons.* 12. *num.* 21. ibi: *De præsenti enim non præsumitur in præteritum, qui enim nunc est demens, ergo prius, non sequitur Farinac. in fragm. verb. furor, num.* 320.

111 Tampoco esta question sirue al intento, aunque fuera verdadera la proposicion que en contrario se assienta: porque della nunca se puede inducir que los extremos que no son del mismo genero, y no tienen connexion entre si, se vnen para la presumpcion del intermedio, que es lo que auian de probar los Abogados del señor Marques, y como no pueden hallar doctrina, que en estos terminos sea en su fauor, bueluen en el num. 274. a fundar la conclusion general, que probado el furor antecedente, y el posterior, se prueua tābien en el medio tiempo; la qual tenemos confessada; pero no dan otra salida a las limitaciones que padece, y que se ajustan al pleyto.

112 Y siendo preciso que en el medio se presuma lo mismo que està probado en entrambos extremos: porque se regula, y conuiene con ellos, *gloss. in* l. *ille a quo*, §. 1. *vers. Verba ad Treb.* Ludouis. *decis.* 26. *nu.* 5. Rot. *decis.* 111. *part.* 5. *diuers.* Y se juzga de su misma calidad, y naturaleça. *cap. accedens vbi gloss. de convers. coniugat. cap. inter dilectos vbi omnes, de fide instrum. cap. quia sunt culpæ distinct.* 28. *vbi gloss. verb. nec eam virginem*, Gregor. Lop. *in l. fin. tit.* 15. *part.* 6. *gloss.* 8. Surd. *cons.* 126. *nu.* 13. & *cons.* 182. *num.* 11. Preguntamos en nuestro papel num. 128. à los Abogados del señor Marques, qual afecto quieren se presuma tuviesse el señor Conde al tiempo del poder, si phrenesi, ò lethargo, ò ambas enfermedades juntas; porque es necessario sea algo desto, y nos responden aora en el nu. 275. lo mismo que alli preuenimos responderian, que incapacidad generica, sin declarar esta, ò aquella especie de locura, y sin embargo de la replica que hizimos à esta respuesta, se contentan con ella, sin satisfacer à nuestras instancias, que es vn reconocimiento tacito de la fuerça que les han hecho.

113 Quando no estuuiera la presumpcion, que resulta de la probança de locura en los extremos, tan desvanecida con las limitaciones que hasta aora hemos ponderado, bastara para vencer el señor Duque, que la prueba por presumpciones no aprovecha, al que tiene obligaciō de probar algo concluyentemente, como el señor Marques està obligado à verificar el furor del tiempo del acto, vt diximus in prima à num. 65. conclusion que assientā Puteus *decis.* 75. *lib.* 3. Burat. *decis.* 41. *num.* 1. & Menoch.

noch. *lib.6.præſ.36.num.fin.* ibi: *Declaratur tertio non procedere, quando ſtatutũ requirit plenam probationem, nam tunc extremis probatis media nõ præſumuntur.* Y lo miſmo procede, reſpecto de lo que es fundamento de la intencion, lo qual no baſta probar preſumptiuamente: y eſta es opinion comunmente recibida en la Rota Achill. *deciſ.* 1. *de probat.* Rota *deciſ.* 102. *part.* 1. *diverſ. num.* 6. Seraphin. *deciſ.* 1171. *num.* 2. Gonçalez *ad reg.* 8. *gloſſ.* 43. *ſub num.* 95. *verſ. Maximè*, ibi: *Maximè, quia quando quis tenetur vti actor probare aliquid in quo ſe fundat, tunc non ſufficit iuris præſumptio, ſed requiritur aliunde probatio*, Ludouiſ. *deciſ.* 278. *num.* 6. ibi: *Non ſufficit talis præſumptio, cum præſertim Rota non admittat huiuſmodi præſumptiones, quãdo quis tenetur probare, & deciſ.* 279. *num.* 3.

114 Y lo que ſaca la materia de controuerſia, es, que quando ceſſara todo lo dicho, ſolos dos teſtigos que depongan del ſano juizio en el miſmo acto, deshazen las conjeturas del furor anterior, y ſubſiguiẽte; porque la probança del tiempo de la diſpoſicion, no ſe opone à la preſumptiua: y porque ſiempre la preſumpcion ſe elide con la prueba contraria, vt in his terminis, lo fundamos in prima num. 129. Y el ſeñor Duque no ſolo tiene en ſu fauor dos teſtigos, ſino tantos, como ſe pondera en el *artic.* 2.

OPOSICION SEGVNDA.

115 Deſde el num. 131. de nueſtra informacion, reſpondimos a la opoſicion ſegunda que ſe haze por el ſeñor Marques, de que el teſtamento del año de 42. no pudo quèdar reuocado por el poder, y diſpoſiciones en ſu virtud hechas, por auerſe otorgado en fauor del Marques de Mayrena, y tener por eſta razon el priuilegio de teſtamento interliberos, que contiene clauſula derogatoria, tacita legal de otro qualquier teſtamento poſterior, *ex authent. hoc inter liberos, C. de teſtam.* Y aunque las reſpueſtas ſon legitimas, y ajuſtadas a eſte pleyto, los Abogados del ſeñor Marques no ſe aquietan, y en ſu ſegunda informacion hazen diferentes replicas, a num. 277. vſque ad n. 335. las quales conuiene examinar, para que mejor ſe conozca la ventaja de nueſtras ſatisfaciones.

116 La primera limitaciõ que fundamos, *num.* 132. *cum ſeq.* es, que el priuilegio de la *auth. hoc inter liberos*, procede ſolo reſpecto de los hijos, y no de los eſtraños, que eſtuuieren mezclados cõ ellos en el miſmo teſtamento; pero ſe nos arguye a nu. 278. de ſu reſpueſta, que los autores con que probamos eſta propoſicion, hablan en priuilegio diferente, de q̃ tambien goça el teſtamento interliberos, que es el de la *l. hac conſultiſsima, §. ex imperfecto, C. de teſtam.* de valer ſin otra ſolemnidad que la de dos teſtigos, y que en eſte caſo es cierta la excepcion de no eſtenderſe el priuilegio a los eſtraños; pero no en el de la *Authent.*

117 Y ſin otra alegacion que prueue ſu intento, ſe contentan con eſta reſpueſta, y no conſideran que la cauſa porque en el *§. ex imperfecto*, no vale el teſtamento hecho interliberos, ſin ſolemnidad, en lo que toca a los eſtraños inſtituidos en el juntamen-

men-

mente,es el que auiendose concedido este priuilegio en fauor de los hijos no mas, vt de communi testatur Marc.Ant.Nat. *ibi num.* 30. Seraphin.*decis.*820.*nu*.4.no se pueden aprouechar del los estraños, y esta misma razon concurre en el priuilegio de la *Authent.hoc inter liberos*, q̃ no ay duda se instituyò solo en fauor de los hijos;Nat. *ibi num.* 1. vbi ait: *Ratio quare Imperator nolluit intelligi reuocatum esse primum testamentũ per secundum,nisi id expresse dicatur, fuit fauor filiorum secundum Bald. hic, & omnes DD.*Ioann.Suchard. *ibid.num.*4.Menoch.*lib.*4.*præsump.* 166.*num.*62.*vers.Cæterum*, Georg. Accacius *de priuileg.parent.priuileg.* 15.*cap.*2.*num.*16.Y assi tampoco se podran valer del los que no lo fuerẽ, de la misma manera que en el otro priuilegio, ni el señor Marques, y su hijo, que siendo estraños, se fundan en el testamento del año de 42. pueden alegar el priuilegio de que solo el Marques de Mairena se pudiera aprouechar,si fuera viuo,y tratara de impugnar las disposiciones posteriores del año de 45.

118 Con que se conoce, no es respuesta la que se dà en la informacion contraria a num. 283. vsque ad num 291. de que las Authoridades referidas en nuestro papel, proceden solo en el priuilegio del §.*ex imperfecto*,y no el de la *auth.hoc inter liberos*; porque siendo la razon la misma en vn caso,que en otro, y no se dudãdo, que igualmente estàn concedidos en fauor de los hijos solo entrambos priuilegios, no ay causa para que no gozando los estraños, por serlo,del primero, no se observe lo proprio en el segundo,fuera de que Sfortia *cons.* 89.*à num.*42. en los mismos terminos de la *auth.* por esta razon, y porque el contener el testamento inter liberos clausula derogatoria,es priuilegio odioso,y exorbitante, defiende que no gozan dèl los estraños; y esta sola authoridad, tan bien fundada, quando no se hallarà quien diga lo contrario,es bastante para la certidũbre de la limitacion.

119 A que se añade otra equiparacion muy del caso,y es,que aunque tambien en el testamento inter liberos, y en favor dellos, se suple la clausula codicilar, *gloss. in l.cohæredi, §.cum filiæ verb.nõ valuit, de vulgar.* Iul.Clar.*lib.*3.*sentent.* §. *testamentũ, quæst.*8.*num.* 8. Cancer. *tom.* 1.*var. cap.*4.*num.*24.Mantic.*de coniect.lib.* 6.*tit.*2.*num.*33.Este favor no se amplia, respecto de los que no lo son, mezclados en el mismo testamento Fabius Turret.*de effectib.claus.codic. effect.*59.*quæst.*158.Paschal.*de virib. patr.potest.*2.*part.cap.*8.*num.*36.ibi: *Præterea sciendum est,quod licet suprà dictum sit, quod in testamento inter liberos, sub intelligitur semper apposita clausula codicillaris, tamen hæc clausula sic tacite subintellecta,nihil opperatur quo ad ea, quæ fauorẽ extraneorũ concernunt*,que es lo mismo que pretendemos en la tacita derogatoria legal, que aunque se supla en favor de los hijos, no se estiende a los estraños.

120 Y lo que en el n.291.se dize, que si se admitiesse la limitacion que hemos fundado, se seguiria, que el testamento inter liberos quedasse revocado por el que se auia hecho entre estraños, contra la disposicion de

la

la *auth.* esta alegacion es indigna de proponerse; pues no se deroga la *authen.* por esta excepcion, sino que queda en su misma fuerça, en todo lo que mira al favor de los hijos (que es solo el que procurò) y faltando esta razon en quanto à los estraños, se ha de considerar el testamento, en lo que les toca, como sino se huuiera hecho inter liberos, sujeto a poder ser revocado en aquella parte con qualquiera disposicion vltima, aunque no contenga especial revocacion.

121 Y quando el priuilegio cōcedido solo a los hijos, no se estiēde a los estraños, mal puede el señor Marques hazer la oposicion que haze, de no auer quedado revocado el testamento del año de 42. auiendo callado el Marques de Mairena, ex doctrina: *Quod tacente filio præterito, extraneus nō potest testamentū dicere nullū*, de qua in prima num. 133.

122 Y aūque en el num. 293. de la respuesta contraria, se pretende satisfacer a esta conclusion con dezir, que el Marques de Mairena nunca tuuo noticia del testamento del año de 42. y que à tenerla no dexara de intentar, que no se auia podido revocar, por las disposiciones vltimas, por auerle sido menos favorables: Esta respuesta tiene tan poco fundamēto, como della se reconoce; pues importa poco supiesse, ò no supiesse el Marques de Mairena el testamēto del año de 42. quando es cierto que no impugnò el poder, con que se verifica la proposicion, aūque huuiera sido por auerle retirado, y ocultado con malicia el testamento primero, *l. si quis 9. §. Item si Tabulæ, ff. de dolo.* Ni tampoco le eran menos fauorables las disposiciones del año de 45. ni quando lo fueran, el Marques incurriera en tan gran desatencion, como oponerse à la voluntad de los señores Condes Duques, antes siempre se ajustara con ellas, con toda la veneracion que les devia, y su hijo D. Gaspar, aunque tuuo noticia del testamento del año de 42. y se avrio en su vida, no se valio de semejante alegaciō, antes aprobò expressamente el poder: Y como quiera que esto se considere, auiendo muerto los Marqueses de Mairena, sin oponer el priuilegio de la *auth.* no ay razon para que le competa aora al señor Marques, que no ha sucedido en sus derechos, quando es regla, que ni alos herederos se transmite la quærella inoficiosi testamenti, prius à filio non præparata, *l. Posthumus 6. §. fin. cum l. seq. de inofficios. testam. l. si quis filium 34. C. eod.* Valdes *in addit.* ad Roder. Suar. *in l. quoniam in prioribus ampliat.* 10. *num.* 53. *fol. mihi* 438.

123 En el *num.* 294. *cum duob. sequēt.* para desvanecer la conclusiō referida, que no tiene contradictor, quod tacente filio præterito, ningun estraño puede impugnar el testamēto, se alega a Iul. Clar. *lib.* 3. *sentent. §. testamentum, quæst.* 43. Fachin. *lib.* 13. *controu. cap.* 68. *& l. si post mortem, §. fin. de bonor. posses. contra tab.* confundiendo tres questiones diferentes. La primera es, si el testamento en que el hijo està preterido, es ipso iure nullo, de tal modo, que para este efecto no se requiera su impugnacion, en que ay dos opiniones encontradas: porque la *glos. in l. filio præterito, de iniust. rupt. verb. tuebitur*, dixo que antes de la oposicion el testa-

tamento es valido; pero otros quieren lo contrario, vt per Zeuall. *com. contr. com. quæst.* 21. Y en esta controuersia habla Fachin. *dict. cap.* 68. La segunda question es, si el testamento se sostiene aprobado por el hijo preterido, y no ay contradictor, de que vale, quando se quiere impugnar algun estraño, y este es el caso, y la proposicion de que nos aprouechamos, *dict. num.* 133. La tercera es, si quando el hijo preterido le aprueua, podran otros hijos, a quien se les auia adquirido derecho, dezir de nulidad, y es opinion de muchos, que si Ant. Gom. *in l. 22. Taur. num.* 24. Cãcer. *tom. 1. variar. cap. 4. num. 28. cum sequent.* Y en estos terminos procede *la ley (si post mortem, §. fin. de bon. possess. cont. tab.* y el lugar de Iul. Clar. §. *testamentum, quæst.* 43. alegado en contrario. Pero los Abogados del señor Marques, sin hazer estas distinciones (que no les estan bien) quieren aplicar en su fauor las doctrinas que hablan solo respecto de los hijos, estando determinado lo contrario en los que no lo son.

124 Desde el num. 297. procuran satisfacer a la limitacion que fundamos in prima *num. 134. cum duob. seq.* Y reconociendo que es conclusion legal, que en caso de estar instituidos en el segundo testamento, tãbien los hijos, no es necessaria reuocacion especial del primero, sino que se està al que les es mas fauorable, y en igualdad al vltimo. Dizen que violentamos el hecho para hazer que venga esta limitacion: porque si se mira a la letra del poder, en el se halla instituida la señora Condesa, y sin menciõ del Marques de Mayrena, y esta respuesta lo pudiera ser, a valernos solo de la letra del poder; pero no quando hazemos el fundamento tambien en la disposicion otorgada por la señora Condesa, como comissaria del señor Conde, que es toda à fauor del Marques, y se ha de reputar por testamento del señor Conde, vt probauimus *d. num.* 136.

125 Sin que importe lo que se replica num. 300. que esto se entenderà assi, en quanto a las mandas, y legados, y sufragios del alma, q̃ dispuso la señora Condesa, por el titulo de comissaria; pero no en las fundaciones de mayorazgo, que estas las hizo por su derecho proprio, y como heredera del señor Conde, y sin mas comprouacion, que proponer desnudamente esta respuesta, dã por satisfecho nuestro argumento, siendo assi, que como consta de la letra del mismo testamento, la señora Cõdesa le otorgò en todo lo en el dispuesto, como comissaria, y declarò que las fundaciones de los mayorazgos, y los llamamientos que hazia eran en conformidad de lo que el señor Conde la tenia comunicado, auiendola para este efecto instituido por su heredera vniuersal. Vnde, no solo en quãto a las mãdas, y sufragios, sino tãbien en quanto a los mayorazgos, se ha de tener aquel testamento por del señor Conde, como fundamos latamente in nostra à num. 347.

126 Y no se opone a este intento (como se nos replica en el num. 301.) lo que diximos num. 137. de estar probado el animo, que el señor Conde tuvo, desde que se retirò à Toro, de revocar el testamento del año de

de 42. y dexar por ſu heredera a la ſeñora Condeſa, para que el Marques de Mairena, y los demàs deudos, eſtuvieſſen dependientes della: Porque antes bien lo vno ayuda à lo otro; pues el ſer cierta la voluntad del ſeñor Conde, de deshazer las fundaciones anteriores, y inſtituìr a la ſeñora Condeſa, ſe comprueba con el efecto, diximus in prima num. 138. Y cõſiguiò con dexarla poder tambien para que hizieſſe los mayorazgos, y llamamientos, que le tenia comunicados, el que ſu hijo, y todos pendieſſen de ſu declaracion, y reconocieſſen por tal medio, de ſu mano ſus acrecentamientos.

127 Deſde el num. 302. haſta el num. 309. quieren ſatisfacer a la tercera limitacion, que puſimos nu. 137. de que eſtando verificada la voluntad anterior del ſeñor Conde Duque de revocar el teſtamẽto del año de 42. no fue neceſſaria eſpecial revocacion en el poder. Y reſponden, que es meneſter mucho cuidado en las alegaciones que traemos, y que no engañen con el ſonido; porque hablando en vn caſo las aplicamos à otro diferente: porque los Authores que alli ſe citan, todos hablan quando en el teſtamento anterior ſe puſo clauſula derogatoria expreſſa por el que le otorgava; pero no quando por ſer teſtamento inter liberos, las ſuple virtualmente la ley en èl.

128 Y en lo que es meneſter reparar con particular aduertencia es, que ſe proponga con eſta ſatisfaciõ vna reſpueſta tan poco ajuſtada, y tã contra derecho: porque lo primero, muchos de los autores referidos *dict. num.* 37. expreſſamente aplican la limitacion a los terminos de la *Auth. hoc inter liberos*, como ſon Sforcia *conſ.* 89. *à num.* 67. Maſtrill. *deciſ.* 132. *à num.* 25. Peregrin. *conſ.* 6. *vol.* 3. *num.* 28. Scip. Robit. *conſ.* 93. *num.* 11. *vol.* 1. los quales alegã otros muchos, y ſolo Sforcia num. 73. trae por eſta opinion en eſte caſo indiuidual à *Odofred. Iuan Andres, Angel, Alex. Socin. Dino, Riminald.* y otros. Con que los Abogados del ſeñor Marques ſe pueden ſoſſegar, ſi ſolo echauan menos doctrinas que procedieſſen en la eſpecie de derogacion tacita legal. Y Sarmiento *lib.* 3. *ſelect. cap.* 14. *num.* 7. Menoch. *lib.* 4. *præſumpt.* 166. *num.* 34. D. Couarr. *in rub. de teſtam.* 2. *p. num.* 19. *verſ. Quarta cõcluſio*, hablan con palabras generales, que comprehenden qualquiera derogatoria tacita, y expreſſa, por apretada, y eſpecial que ſea.

129 Dezimos lo ſegundo, que quando el aſſumpto fuera verdadero, y ningun autor aplicara la limitacion a la derogatoria tacita de la *Auth. hoc inter liberos*, ſiendo cierta la concluſiõ en la derogatoria expreſſa ab homine, no ſe podia dudar que tã biẽ procedia en la tacita de la ley, por auer la miſma razon en vn caſo, que otro: pues no ſe neceſsita de la reuocacion eſpecial del primer teſtamẽto (que es la que manifieſta el animo deliberado de reuocarle) quãdo por otra parte eſtà verificada la miſma voluntad. Y los que mas han defendido la fuerça de la derogatoria tacita, *dict. Auth. hoc inter liberos*, ha ſido ſolo haſta igualarla con la derogatoria expreſſa, para q̃ en entrambas ſe requiera eſpecial reuocacion, a diferencia de la derogatoria tacita homi-

nis,que queda reuocada solo cō clausula general, *l. vltim. de leg.* 2. Mart. *de success. tom.* 2. *part.* 4. *quæst.* 4. *art.* 7. *a num.* 28. D. Covar. *in d. Rubr. de testament.* 2. *part. nu.* 20. *vers. Sexto, & vers. Decimoctauo*, Menoc. *d. lib.* 4. *præs.* 166. *num.* 39. *vers. Secundo, & num.* 63. *&* 64. Mantic. *de coniect. lib.* 6. *tit.* 2. *num.* 30. *& lib.* 12. *tit.* 8. *num.* 14. Y ha auido quien no quiere venir en que tenga tanta fuerça la tacita, aunque sea legal, como la expressa puesta ab homine, vt in prima num. 142.

130 Desde el nu. 310. hasta el 315. responden a la quarta limitaciō de la *auth. hoc inter liberos*, de qua in nostra *num.* 139. *& seq.* donde probamos, que no es necessaria especial revocacion del testamento inter liberos, quando sobreuiene nueva causa de revocarle: y dizen, que el auerse retirado el señor Conde à Toro, no es de las que suelen traer los Autores de enemistad, ò muerte del instituìdo. Pero es facil la satisfacion à esta replica; porque los exēplos puestos por los Interpretes, no restringen la regla, para que no proceda en los semejantes, como en estos mismos terminos respondiò Peregrin. *d. cons.* 6. *num.* 28. *vol.* 3. ibi. *Exempla siquidem non restringunt, & proinde sufficiunt quæcumque coniecturæ.* Y no se conjetura menos la voluntad del señor Conde con el accidente de su retiro a Toro, de revocar la disposicion del año de 42. que con las que los Interpretes suelen considerar; porque la mudança grande del estado de sus cosas, no permitia quisiesse permanecer en vn testamento, que fabricò al tiempo de su mayor fortuna, y quando imaginaua, que erā faciles de executar todos sus designios, poniendo primero 150U. ducados de renta para el successor en sus Estados, y para las fundaciones que ordenava, y despues otros 100U. ducados de renta para la poblacion de las Algeciras, auiendo llegado tiempo en que tuvo desengaño, y experimentò la falencia destas esperanças, y que su haziēda no alcançaua a sustentar su casa, sin hazer grandes empeños.

131 Y añadir en el *num.* 313. *cum seqq.* que esta limitacion procede, quando en el segundo testamento estàn instituìdos tambiē los hijos, es auerse olvidado de lo que en nuestra informacion probamos nu. 134. Porque es cierto que el poder, junto con la disposicion hecha en su virtud por la señora Condesa, es testamēto en fauor del Marques de Mairena; y quando no lo fuera, bastàra para quedar revocado el testamento de 42. la nueva causa, en cuyo caso no ay Author que pida juntamente, que el segundo testamento sea inter liberos, y Sfortia *d. cons.* 89. *num.* 80. *& seqq.* alegado en contrario, no se devio de vèr; porque solo pone la conclusion general, para que le citamos, *d. num.* 139. de que el testamento inter liberos, como otro qualquiera, que contenga tacita, ò expressa clausa derogatoria, queda revocado sin especial mencion, por la causa que sobrevienes, quod etiam probat Greg. Lop. *in l.* 8. *tit.* 1. *part.* 6. *gloss.* 3. Y si el testamento segundo es inter liberos, no es menester, ni nueva causa, ni especial revocacion; porque en tal caso se està al mas favorable, y en igualdad al postrero, diximus in nostra *n.* 134.

134.*&* *seqq.* con que la inteligencia que se dà a esta limitacion carece de fundamento juridico.

132 En el num. 315. y 316. se descubre que los Abogados del señor Marques, no hã querido entẽder la limitaciõ quinta de la *auth. hoc inter liberos*, que fundamos à n. 141. Porq̃ no dezimos, que no es necessaria revocacion especial del testamento inter liberos, quando el segundo està otorgado entre estraños (como se nos achaca) sino lo contrario totalmente: y assentamos, que se requiere revocacion especial del testamento, que contiene clausula derogatoria, y que no basta la general, aunque no sea menester precisamente la individual: y con esta doctrina que es comun, passamos a ponderar algunas palabras de la clausula, que se halla en el poder, por las quales en sentimiento de los Interpretes, se induze especial revocacion de los testamentos anteriores, que contienen tacita, ò expressa derogatoria, en q̃ no bolvemos à insistir; porque se nos concede el intento llanamente, no se replicando contra èl cosa alguna.

133 Desde el num. 317. procuran dar satisfacion a la sexta, y vltima limitacion de la *Auth. hoc inter liberos*, de qua in nostra à num. 146. que no tiene lugar respecto de los hijos naturales, ò spurios. Y siendo està proposicion indubitable, y que los Abogados del señor Marques la reconocen por tal, ponderan a num. 323. de su respuesta, algunos autores de los alegados por nuestra parte, q̃ aunque la prueuan, añaden juntamẽte, que los legitimados gozan del priuilegio, *dict. Auth.* Y en el num. 146. no tratamos desta question, reseruãdola para los siguientes, y assi en vano se nos acusa, que la dissimulamos con artificio, quando inmediatamẽte entramos confessando la conclusion de que los verdaderamente legitimados, se cõprehenden por disposicion del derecho comun en la de la *Auth.* dicha.

134 Pero en quanto a este punto se ha de distinguir entre el derecho comun, en cuyos terminos hablan los Autores de que se vale el señor Marques, que prueuan la conclusion, de que los hijos legitimados gozan del priuilegio, *dict. Auth.* Y entre el Derecho del Reyno: porque el Derecho comun concede a los legitimados, que seã tenidos en todo por legitimos, sin diferencia alguna, con derecho de legitima, ex testamento, & abintestato, & contra testamentum, y con derecho de suidad, *l. si te parẽs, C. de suis, & legitim. auth. quib. mod. nat. efficiant legit. §. sit igitur, l. 9. tit. 15. part* 4. Valent. Forster. *de success. abintest. lib. 6. cap.* 37. *&* 38. Castill. *tom.* 4. *cap.* 22. *a num.* 40. Vnde non mirum, si por el derecho comun se comprehenden en la disposicion de la *Auth. hoc inter liberos*; pero por la *l.* 12. *Taur.* quæ est, *l. 10. tit.* 8. *lib.* 5. *Rec.* los legitimados no sucеden contra la voluntad del padre, ni cõ los demas hijos legitimos, ni tienen suidad, y assi se reputan por dispensados, vt probauimus a nu. 150. en los quales no procede, *dict. Auth. hoc inter liberos.*

135 Y la legitimacion de don Enrique, Marques de Mayrena, aunque sea con clausula de restitucion a los natales, y todas las que se quisieren

ren considerar, mientras su Mageſtad expreſſamẽte no le habilitò, a q̃ sucedieſſe con los demas hijos legitimos que tuuieſe el ſeñor Conde, y contra su diſpoſicion, dandole derecho de legitima, y derogando la ley del Reyno (que es lo que nũca acoſtumbra hazer) todavia ſe ha de tener por legitimado con limitacion, que es lo miſmo que diſpẽſado, Azeued. *in d.l.10.num.31.& 32.* Aluar. Valaſc. *in prax.partit.cap.7. num.* 41. Cabed. *deciſ.69.num.3.part.2.* Acacius *de priuileg.parent. priuileg.* 14. *part.1.cap.3.a num.49.* y otros que refieren D.Molin. *lib.3.cap.3. num.* 38. Matienç. *in d.l.10.gloſ.1.num.4.* Caſtill. *d.tom.4.cap.22.a num.* 145.

136 Y quando admitamos la opinion de los que quieren, ſe ha legitimado con toda propiedad, el que lo es enteramente, reſpecto de la perſona, aunque no lo ſea para los efectos de la suceſsion, Tell. Fernãd. *in l.* 12. *Taur.num.22.& ſeq.* Matienç. *in d. l.10.gloſ.1.num.3.* D.Molin. *d. lib.3. cap.3.num.38.verſ. Sed quamuis,* cũ alijs adductis a Caſtill. *d. tom.4. cap. 22.à num.*148.

137 Tiene otro achaque la legitimacion de don Enrique, que es auer caido ſobre quien no era hijo natural, ſino ſpurio, quo caſu, la mas verdadera, mas comun, y mas bien fundada opinion es, que ſe ha de reputar por diſpenſado, y no por legitimado, como quiera que la legitimacion eſtè concedida, etiam cum ampliſsimis clauſulis, & reſtitutione natalium. Y para suceder ſin limitacion en todos los bienes del padre, vt in prima num:149. y ſolo con ver el *conſ.* de Menoch. 842. que trae los fundamentos, y autores de vna, y otra parte, ſe conocerà la ventaja deſta opinion, & præter ibi relatos, defienden la miſma Tello Fernand. *in d.l.12.Taur.num.24.* Matienç. *in d. l.10.gloſ.1.num.2.* D. Molin. *d.lib.3. cap.3.num.36.* Oſaſch. *deciſ.* 119. Caſtill. latè *dict. tom.* 4. *cap.22.num.* 160.

138 Con que ceſſa todo lo que ſe alega por el ſeñor Marques en ſu reſpueſta, a num.324. que ſe reduce ſolo a dezir, que la legitimacion de don Enrique fue en ampliſsima forma, y en citar a Ruin. *conſ.86. vol.* 3. que defendio, que vna hija ſpuria legitimada; goçaua del priuilegio de la *Auth. hoc inter liberos*; pero *Ruino* no fue deſta opinion, porque juzgaſſe q̃ la diſpoſicion de la *Auth.* tenia lugar, reſpecto de los diſpenſados, ſino porque contra el corriente de los interpretes, tuuo por verdadera legitimacion la de la ſpuria, y aſsi eſtà comunmente reprobado, por los autores, de quibus ſupra, y por Decio *conſ.* 263. *vol.* 1. que eſcriuio en el miſmo caſo. Y ſin añadir otra coſa que ſea conſiderable, ni dar otra ſatisfacion a los muchos fundamentos, y autoridades que tiene el ſeñor Duque en ſu fauor, los Abogados del ſeñor Marques cierran eſte diſcurſo.

139 Y deſde aqui entran en la tercera opoſicion, dexandoſe en medio, y dandoſe por deſentendidos aora de lo que en todo eſte pleyto, y en ſus alegatos tanto auian esforçado, de que por la *l.*34. de Toro, no pudo la ſeñora Condeſa, como comiſſaria del ſeñor Conde, reuocar el teſtamento del año de 42. pero reconociendo la fuerça de las reſpueſtas del

ſe-

señor Duque a num. 153. de su informacion, tienen por bien passarlas en silencio.

OPOSICION TERCERA.

140 Desde el num. 336. hasta el num. 351. procuran satisfacer a lo que en nuestra informacion se fundò a num. 164. vsque ad 174. respondiendo a la oposicion, de que el poder se otorgò ex falsa causa finali: y por auerse olvidado el señor Conde del testamẽto del año de 42. Y aunq̃ con lo q̃ alli se discurre està bastantemente excluìdo todo lo q̃ nuevamẽte se replica, todavia para mayor declaracion, nos ha parecido añadir algo sobre el mismo punto.

141 Conociendo ser cierto lo que assentamos en el n. 165. & 166. de que en quanto al olvido, que alega el señor Marques padeciò el señor Conde Duque, no ay testigo alguno, y que el Padre Ripalda no lo concluye para la nulidad del segundo testamento, y el defecto de auerse otorgado ex falsa causa finali, recurren al proemio del mismo poder, memor. num. 106. en estas palabras: *Digo, q̃ por quanto nuestro Señor ha sido seruido de darme vna graue enfermedad, y temo que los accidentes della, no me han de dar lugar a hazer mi testamento, segun es necessario, &c.* Y en ellas quieren se halle expresso, que la causa que mouia al señor Conde a otorgar el poder, era pensar, que no tenia hecho testamento. Interpretaciõ violenta, y contra lo literal desta clausula, que se pone por ordinaria, y de formula en todos los poderes para testar, que otorgan los que con la gravedad de la enfermedad, no se puedẽ detener a hazer su testamento, ò sea teniendo hecho otro anteriormente, ò no le teniendo, Carp. *lib. 4. de execut. cap. 4. num. 3.* & alij adducti in prima num. 159. Y no se puede dudar, que si se huuiera querido dar a entender lo que en contrario se pretende, se auia de dezir: *Que por quanto no tiene hecho testamento alguno, y la enfermedad no le dà lugar, &c.* Con estas, ù otras palabras, que cõtuviessen el mismo sentido.

142 Y està tan lejos de constar por el poder, que el señor Conde Duque estuviesse con olvido entonces de tener hecho testamento, que en el mismo poder revoca los testamentos anteriores: y no auiendo otorgado otro, que el del año de 42. es fuerça, para q̃ se verifique la revocacion, que se acordasse dèl, motivo por el qual muchos han sido de parecer, que el testamento anterior vnico, aunq̃ cõtenga clausula derogatoria, queda revocado por el postrero, con sola la general de revocacion, Bartul. *in l. 2. de lib. & posth. & in l. si quis in princip. testam. de leg. 3. num. 9. &* 10. vbi dicit: *Sed quæro si esset ponere casũ in quo sufficeret revocatio generaliter facta, dicens cassans omne aliud testamentum, in qua sunt verba derogatoria, & hoc voluit prævalere? Respondeo sic, si vnum tantum præcessit*, reffert, & sequitur Gregor. Lop. *in l. 3. tit. 7. part. 6. gloss. 4.* Socin. *in l. si mihi, & tibi, §. in legatis, num. 8. de legat. 1.* Surd. *consil. 270. num. 16.*

143 La misma fuerça tiene la deposicion del Padre Ripalda para induzir el efecto, de que el señor Conde estava sin capacidad para testar; pues

pues no se acordava tenia hecho el testamento del año de 42. porque en esta parte es testigo singular: y a esta objecion se responde en el nu. 268. de la informacion del señor Duque, que ni el señor Conde estaua sin memoria la mañana del Miercoles en que otorgò el poder, ni quando le faltara en algunas cosas dexàra por esso de estar apto para hazer testamento, mientras no la tenia perdida totalmente, como los desmemoriados, de quien dize la *l. 13. tit. 1. part. 6.* que son intestables.

144 Y quando el señor Conde huuiera dado el poder, con persuasiõ de que no tenia hecho testamento (quod negamus) no se aplica bien la *l. fin. de hæredib. instit.* que habla en caso, no solo distincto, sino opuesto; porque alli el testador se acordò de su testamento primero, y de los herederos que en èl auia instituìdo; y solo el yerro estuvo en pensar, que eran muertos, manifestando en la prefacion, que si vivieran, no se apartàra de su disposicion anterior, ni hiziera la segunda, ibi: *Quia hæredes quos volui habere mihi continere non potui, Nonuis Rufus hæres esto*: Y asi huuo defecto notorio de voluntad, en quanto al heredero del vltimo testamento, en el caso de no ser muerto el primero, como entienden esta ley comũmente los Interpretes, Greg. Lop. *in l. 21. tit. 1. part. 6.* Mant. *de coniect. lib. 6. tit. 14. n. 12. & lib. 3. de tacit. & ambig. convent. tit. 12. numer. 30.* Menoc. *lib. 4. præs. 24 num. 5.* Dom. Molin. *lib. 1. cap. 5. a num. 2.* D. Valençuel. *cons. 119. a num. 73.* Tiraq. *in tract. cessant. caus. limit. 1. num. 64.* Castill. *tom. 6. cap. 172. num. 16.*

145 Pero el que no se acuerda del testamento que tiene hecho, consiguientemente se olvida de los herederos nombrados en èl: y no instituye a los segundos, en consideraciõ de que son los primeros muertos, sino por proprio afecto, y voluntad deliberada; que entonces tiene de que sean sus herederos: y aunque se acordara del testamento anterior, todavia se compadecia continuara la missma disposicion, y esta inteligencia dà Peralta a la *lei fin. in l. si quis in princ. testamenti, de legat. 3. num. 24. & 25. & num. 82. vers. Septimo fallit*, probando que es caso diferente al de la ley fin. el olvido del testamento primero, cuyas palabras no entienden bien los Abogados del señor Marques en su respuesta; num. 345. & sequentibus, de que nacen tambien las doctrinas de auer de estimar por causa impulsiva, y no final, la que mueue al testador a hazer nueuo testamẽto, por estar olvidado del que tenia otorgado: y que esta causa no importa sea verdadera, ò falsa, vt in nostra a num. 170. a que no se haze replica en contrario.

146 En el num. 349. dizen que citamos a Gregorio Lopez *in l. 21. tit. 1. part. 6. glos. 3.* para que sea necessario expressar la falsa causa en el mismo testamento. Y en el num. siguiente replican, que *Gregor. Lop.* no dixo, sino que no estando expressa la causa en el testamento, sean menester tantos testigos para prouarla, como son necessarios para el mismo testamento, y para esto solamente, y no para lo que nos atribuyen alegamos a Greg. Lop. in prima, nu. 173. y auiendo de responder a no tener ve-

verificada la causa que han imaginado con algun testigo. En el nu. 351. dizen, que no necessitan de otra prouança externa; pues por la misma letra del poder consta que el señor Cõde le otorgò con ignorancia de tener anteriormente hecho su testamento, y si del poder se arguye, ò no, esta inteligencia, ya està discurrido supra *num.* 138. *& seq.*

OPOSICION QVARTA.

147 Consiste esta oposicion en que las fundaciones de mayorazgo, y los bienes con dignidad de Duque, Marques, ò Conde; y especialmente el Estado de Mayrena, no se pudierõ comprehender en la institucion que de su heredera vniuersal hizo el señor Conde en la persona de la señora Condesa su muger, y que en quanto a ellos no quedò reuocado el testamento del año de 42. Y porque esta objecion contiene tres partes en el primer papel del señor Duque, se dio respuesta a cada vna separadamente, à num. 174. por obseruar el orden, y diuision necessaria para la inteligencia; pero por parte del señor Marques se replican en su respuesta à nu. 342. algunas consideraciones que conuiene reconocer para sacar la materia de todo genero de escrupulo.

148 En quanto a las fundaciones de mayorazgo, se dize en el nu. 357. que quando tratamos de si quedaron reuocadas las hechas por el señor Conde en el testamento del año de 42. formamos el argumento a nuestro modo, para hallarle respuesta, dexando de darsela a lo que no tiene salida, que es lo que en su primera informacion fundaron en el num. 187. con Menoch. *cons.* 45. *num.* 21. & Alexand. Raudens. *decis. Pisan.* 45. *nu.* 44. *&* 45. Y como no pudo caer en nuestra imaginacion, que de semejantes alegaciones se echasse mano, para el punto que aora tratamos, no es mucho que las desestimassemos, y mas quando en su lugar proprio las tenemos bastantemente satisfechas.

149 Estas autoridades pertenecẽ a la oposiciõ de q̃ el poder se otorgò ad interrogationẽ de qua in nostra à num. 463. y solo prueban, que quando el testamento se hizo ad interrogationem, concurriendo las sospechas de falsedad, que ordinariamente ponderan los Interpretes, de no articular palabra el testador, y estar moribundo, y no auer mostrado animo de testar, y auer sido preguntado despues de escrito todo el testamento sin su noticia, y por persona sospechosa, si le queria otorgar, y auer dicho, que si, solamente, con cuyas circunstancias hablan *Menoch. y Raudens.* para dar tal testamento por nulo, y añaden estos autores en los numeros referidos (como otros muchos que se pudierã alegar en la misma conclusion) que estas sospechas de falsedad, serian mas fuertes, si huuiesse precedido otro testamento hecho de espacio, y con fideicomisso en fauor de la familia, que se pretendiesse auia quedado reuocado por el testamento posterior, otorgado ad interrogationem. Pero faltando todas estas congeturas en el poder del año de 45. como se va discurriẽdo in prima à nu. 469. ha que proposito se alegan estos autores? para que los mayorazgos fundados en el testamento

del

del año de 42. no quedassen reuocados por la disposicion vltima, si aun es incierto el presupuesto de q̃ el poder se otorgasse ad interrogationẽ, vt ibidem probauimus, *num.* 464. *& seq.* Y quando es doctrina assentada q̃ el testamento hecho ad interrogationem, en quien no concurren las sospechas de falsedad dichas, es valido, y reuocatorio de otro qualquiera anterior, por solemne, y priuilegiado que sea, vt distinguit ipse Menoch. *dict. consi.* 45. *num.* 36. y lo enseña quãdo escriue como Maestro, y no como Abogado, *lib.* 4. *præsumpt.* 8. *à num.* 21. & cũ Castillo *tom.* 4. *cap.* 27. *à num.* 74. *& alijs*, se prueua en la informacion por nuestra parte, num. 480. Y assi ni es cierta, ni del caso la proposicion que por los Abogados del señor Marques se tiene por sin respuesta. Y tampoco pertenece a este punto la congetura de demencia, que se quiere inducir, de no auer el señor Conde fundado mayorazgo, de qua ibidem à num. 341.

150 Y solo a lo que respondimos en la primera parte desta oposicion, es, si en la institucion de heredero hecha por el señor Conde Duque, se comprehendian los bienes afectos a restitucion, y vinculados en el testamento del año de 42. porque parecia no poderse comprehender, respecto de que en la disposicion general de heredero, non veniunt bona fideicommisso subiecta, *l. sequens quæstio, de leg.* 2. Mantic. *de cõiect. lib.* 9. *tit.* 6. *num.* 8. Thesaur. *lib.* 3. *quæst. forens. quæst.* 19. Surd. *decis.* 93. *a nu.* 17. Fusar. *quæst.* 468. à que dimos satisfacion, num. 175. con que esta regla procede quando el mayorazgo, ò fideicomisso està fundado por contrato (aunque reuocable) secus quãdo lo està en testamento: porque entonces reuocado el testamento lo q̃ da tambien el mayorazgo, y lo demas en el contenido, diximus *num.* 177. *& seq.*

151 Reconocense estas doctrinas por el señor Marques en su respuesta, *num.* 358. *& seq.* y solo en el num. 360. con Mantic. *lib.* 12. *de tacit. & ambig. conuent. tit.* 1. *num.* 19. se dize, que para que quedasse reuocado el testamento del año de 42. como pretendemos, es necessario que el poder sea valido, y que no basta cõtẽga là clausula *Casans*, &c. como si hizieramos la fuerça en la clausula de reuocacion, siendo nulo el poder, y no fuesse todo este pleyto sobre ser legitimo, y firme; y lo mismo se buelue a repetir en el *n.* 365. *cum seq.* por la *l. si iure de legat.* 3. que dizẽ pide para la reuocacion, *quòd posterius testamentum validum sit*, haziẽdo suposicion que el poder no lo es, no con mas fundamento, que el estarles bien fuera assi.

152 De los muchos Autores q̃ se alegan en la informacion del señor Duque, num. 178. para la conclusion de que vna vez reuocado el testamento, lo quedan tambien los mayorazgos en el fundados, se entresaca à Petr. Surd. *consi.* 350. y desde el *num.* 361. los Abogados del señor Marques le ponderan, diziendo, que no desayuda su concepto: porque aunque en aquel consejo defendio el valor de vn segundo testamento cõtra otro primero, en que se auia fundado vn fideicomisso en fauor de hijos,

jos, en el postrero auian sido tambiē llamados, con que en concurrencia de dos disposiciones interliberos, preualecio la vltima, por serles mas fauorable; pero que el poder se otorgò entre estraños, y assi no pudo reuocar el testamento del año de 42. y esto es boluer a insistir en el priuilegio de la *Auth. hoc inter liberos*, a que se han dado tantas satisfaciones, y *Surd.* en el *num. 9. d. cons.* 350. citado por nuestra parte, asienta la proposicion para que le traemos por regla general, y absoluta, de que los fideicomissos no subsisten, reuocado el testamēto en que estan instituidos. Y nada descubre quan faltos se hallan los Abogados del señor Marques de apoyos en los puntos, a que pretenden responder, como ver que en los vnos se diuierten a los otros, mezclando proposiciones diferentes, que solo con la confusion pueden seruirles al intento.

153 En el nu. 367. se dize, que la clausula de reuocacion del poder, es muy corta, respecto de la que el señor Conde puso en el testamento del año de 42. en q̄ especialmēte reuocò las fūdaciones anteriores, y q̄ assi no se hade creer fuese su animo reuocar los mayorazgos por el poder, no auiendo vsado de la misma latitud de palabras. Y esta consideracion es leuissima, porque en el testamento de 42. fue necessaria reuocacion especial, por estar las fundaciones del año de 24. y de 28. hechas en escritura, y no en testamento, *d. l. sequens, quæstio de leg.* 2. Y aunque el señor Conde se huuiera alargado inutilmente en el testamento de 42. no por esso se auia de hazer regla fixa, para q̄ siempre tuuiesse necessidad de poner la misma clausula, no siendo menester mas que otorgar testamento vltimo, para que eo ipso, sin reuocacion especial, quede el primero derogado, vt in nostra a n. 2. Y quedando reuocado todo lo que en el se contiene, y sin fuerça, ni valor alguno, vt ibidē, num. 178.

154 Desde el num. 368. tratan de la segunda parte desta oposicion, que mira a los bienes titulados, y quieren probar en su respuesta lo mismo que auian intentado en el primer papel a num. 268. que los bienes con dignidad de Duque, Marques, ò Cōde, no pudieron quedar comprehendidos en la institucion de heredero: y aunque en la informacion del señor Duque, està respōdido tambien a esta parte, a numer. 179. bueluen aora a insistir en ella, con algunas replicas de ninguna, ò poca consideracion.

155 Porque auiendoseles opuesto por nuestra parte, que si por las cōcessiones destos titulos, quedaron sugetos a mayorazgo legal, no tiene interes el señor Marques en ellos, q̄ no es el pariente mas cercano del señor Conde. Reconocen *n. 369. cum sequentib.* q̄ los titulos en estos Reynos son indibisibles, en que no sucede, sino vno solo, *§. Imperialem, §. præterea Ducatus, de prohib. feud. alien. per frederic.* D. Molin. *lib. 1. cap. 11. num. 16. & 24.* alter Molin. *disp. 581. num. 5.* Mastrill. *de magist. lib. 4. cap. 12.* Castill. *cap. 159. num. 1. & 5.* Pero dizen, que el señor Conde pudo disponer cō la calidad de indiuisibilidad solamente entre sus parientes, por auerle dado esta libertad la con-

cessión de su Magestad, y que no pudo entre los estraños.

156 Y en este discurso se oponẽ a su intento, porque si su Magestad hizo merced al señor Conde, simpliciter, para el, y sus sucessores, es preciso, que se suceda por orden de primogenitura, como prueuan los Autores, num. precedent. Y si la concession se hizo (como es la verdad, y diximus in prima n. 182. y lo cõfiessa el señor Marques) libremente para que el señor Conde dispusiesse en quien quisiesse, pudo disponer no solo entre los parientes mas remotos, sino tambien entre herederos estraños, como prueuan latamente Rosental. *de feud. cap. 2. conclus. 35. num. 3. litt. C. & cap. 7. conclus. 60. num. 2. litt. A.* Schrader. *de feud. 7. part. cap. 3. a n. 1.* Balçaran. *in cap. 1. n. 31. de eo qui sibi, & heredib.* Intregurol. *in cent. feud. q. 50. à n. 40.* Y querer por vna parte fuesse la concesion libre para poder incluir al señor Marques, que no es el pariente mas cercano, y por otra q̃ se hiziesse al señor Conde, y a sus hijos, y herederos solamente para excluir los estraños, es contradicion manifiesta.

157 Y como tambien reconocen en el n. 371. y probamos in nostra num. 181. las mercedes de los titulos de Duque, Marques, y Conde, que se contienen en estos estados, cayeron sobre villas, y lugares, que erã anteriormente del señor Conde, y estavan sugetos a su disposicion libre, y se quedaron con la misma calidad; y asi la duda (quando huuiera alguna) pudiera ser solo enquãto titulos desnudamẽte, pero no en quanto a los bienes, q̃ como libres se cõprehẽdieron en la institucion de heredero.

158 Pero es fuera de toda disputa, que los titulos quedaron tambien comprehendidos, por auerse cõcedido a la disposiciõ libre del señor Conde. Y las doctrinas de Socin. *cõs. 92. num. 23.* Paul. Paris. *cons. 44. nu. 18. vol. 3.* Petr. Surd. *decis. 93. a num. 14.* Ludouis. *decis. 271. num. 1. & 2.* vbi Beltramin. num. 27. que se alegã en contrario num. 374. de su respuesta, y en su primer papel num. 280. solo prueban la conclusion vulgar de que en la institucion de heredero, no se comprehenden los bienes sugetos a fideicommisso, por la lei *Sequens quæstio, de legat. 2.* Y como diximos supra num. 147. procede en los fideicommissos, fundados anteriormente en contrato revocable, los quales no es visto comprehenderse en la institucion siguiente de heredero, secus quando como en este caso, los mayorazgos se fundaron en el testamento del año de 42. porque entonces revocado el testamento, se revoca todo lo en èl contenido, y consiguientemente los bienes quedan libres, y passan con la herencia, Bald. *in l. si filium quem habentem, C. fam. ercisc. n. 28.* Mantic. *de coniect. lib. 7. tit. 8. nu. 29.* que hablando de la donacion facta constante matrimonio inter coniuges, la qual no se contiene en la disposicion vniuersal, ex *d. l. Sequens quæstio*, dize: *Item hoc debet restringi, nisi fortè testatorem pœnituerit donationis, quod potest per indicia probari,* Menoch. lib. 4. præs. 196. a num. 10. ibi: *Declaratur tertio, vt nõ procedat, quando testatorem pœnituit donationis iam facta.* Y Veltramin. alegado en contrario, *dict. nu. 27. decis. 271.* añade, que quando la emphiteosi es he-

hereditaria, *transit ad quoscumque hæredes, & venit in generali institutione*, con *Peregrin. Mantic.* y otros. Y assi siendo estos bienes, y titulos hereditarios, quedaron comprehendidos en la disposicion vniuersal de heredero.

159 Y no entendemos qual sea el intento del señor Marques en hazer diferencia de los bienes de mayorazgo, y de los que tienen dignidad, a los demàs contenidos en estos Estados; pues solo fuera buena, quãdo aunque fuera nulo el testamento del año de 42. tuviera otro titulo separado, por donde suceder en ellos: pero confessando que se vale solo de aquel testamento, y no de las concessiones, ò fundaciones anteriores, no ay para que hazer division entre vnos y otros; pues es preciso, que suceda en todos, ò en ningunos, segun el titulo que se declarare por mejor entre el testamento, y el poder.

160 Y lo que dizen num. 376. que el testamento del año de 42. no quedò revocado, es lo que se controvierte, y à lo que añaden *num.* 377. *cum seqq.* que la señora Condesa, como comissaria, no pudo estenderse a hazer mayorazgos, està respondido suprà num.

161 En la tercera parte, que mira especialmente al mayorazgo de Mairena, hablan los Abogados del señor Marques en su primera informacion num. 281. y en su respuesta a num. 379. donde procuran responder a lo que por el señor Duque se fũda en su papel a num. 184. y les hazemos la misma replica, que en quanto las otras dos partes de esta oposiciõ; pues tampoco se vale el señor Marques de otro titulo para suceder en el Marquesado de Mairena, que del testamẽto del año de 42. en que quiere quedasse agregado este mayorazgo al Estado de San-Lucar, en caso de faltar los descendientes del matrimonio, que Don Enrique contraxo con Doña Iuana de Velasco: y assi es ociosa la disputa separada en quanto à Mairena, que pudiera tener lugar, si el señor Marques pretendiera tener llamamiento en la escritura de fundacion irrevocable, que en los capitulos matrimoniales se otorgò: pero auiendo sido solo en fauor de los descendientes de aquel matrimonio, viene a estrivar todo el fundamento del señor Marques, assi para los bienes de la Casa de Mairena, como para los demàs de San-Lucar, en el vnico titulo del año de 42. de cuyo valor se trata, vt consideravimus in prima a num. 197.

162 Y aunque en el num. 381. *cum duobus sequent.* se quiere ajustar a este tercer pũto, *d. l. sequens quæstio de leg.* 2. viene tan violenta, como en los primeros. Porque es fuera de cõtrouersia, que el señor Conde no pudo comprehender en la institucion de heredero los bienes del mayorazgo de Mairena, mientras auia sucessor en èl, descendiente del matrimonio de Don Enrique, y Doña Iuana de Velasco, no solo por ser irrevocable, y cessar por esta causa la enagenacion, y disposiciõ de aquellos bienes, como advierte Don Iuan del Castill. *de vsuf. cap.* 39. *a num.* 40. sino tambien, porque bastàra auer precedido donacion revocable dellos, para que no passassen con la herencia, *d. l. Sequens quæstio*. La razon es, porque ante-

tes es visto confirmarse, que revocar se con la muerte, y con la institucion de heredero las donaciones anteriores, como la explicã Ant. Govean. *lib.2.variar.cap.20.* Corras. *in l.cum virum, C.de fideicommiss. à num.* 27. Castill. *d.cap.39.à num.* 33.

163 Pero el intento del señor Duque no es este, sino que auiendo quedado los bienes de Mairena libres faltando la sucesion de D. Enrique, pudo, y dispuso dellos el señor Conde para en aquel caso, instituyendo a la señora Condesa por su heredera, sin que importe, que quando muriò estavan en poder de tercero; y que solo pudiera dezir auia vsado de la facultad, que se avia reseruado, si en vida del señor Conde huvieran faltado los descendientes de aquel matrimonio: pero no auiendo premuerto, antes de verificarse la condicion: porq̃ este es error en Derecho, y en qualquier tiempo que el señor Cõde muriò, transmitiò a sus herederos la esperança, de que en sucediendo el caso, se vniesse el mayorazgo de Mairena a los demas bienes suyos, por auerse hecho la reserva en el contrato de los capitulos matrimoniales, §. *ex condicionali instit. de verbor.oblig.* cuius verba sunt: *Ex conditionali stipulatione tantum spes est debitum iri, eamque ipsam spem in heredem transmitimus, si priusquam conditio extet, mors nobis contigerit, l.veteris* 13. *l.fi. C. de commit. & contrah. stipulat. l. Gaius, vers. Quod cum ita solut.matrim. l.auia, C. de iur. dot. l.si pactum de probat. l.si quis* 57. *de verb. oblig.* Y asi importa poco; que el señor Cõde muriesse antes de faltar la descendencia de Don Enrique: pues siempre que se cumpliesse la condicion, los bienes de Mairena, se auiã de vnir y incorporar con los demas, en fuerça de la institucion de heredero, Peregrin. *art.* 16. *num.* 125. Fontanel. *de pact.nupt.claus.4.gloss.24.a num.* 22. Cancer. *tom.* 3. *variar. cap.21.a num.95.* Barbos. *in d.l.Gaius nu.16.* Anton. Fab. *in codic. lib.8.tit.37.de condit.quæ sub modo deffinit.* 1. *num.* 1. D. Solorçon. *tom.* 2. *lib.* 2. *cap.* 11. *a num.* 40.

164 Y quando el que dispone vniversalmente tiene algun derecho en los bienes donados, aunque estèn en poder de tercero, es sin duda que se cõtienẽ en la herẽcia, *l.nihil aliud vbi supr. l. hæreditas, de reg. iur.* y en los terminos de la *l. Sequens quæstio* lo resuelve asi Donat. Ant. de Marin. *resolut.quotid.lib.1.c.240.n.12.*

165 A lo que se replica desde el num. 384. que por la instituciõ de heredero, no fue visto auer vsado el señor Conde de la facultad, que tenia reservada de disponer de los bienes del mayorazgo de Mairena, como probamos in prima num. 191. Porque no solo hizo la reserva dicha, sino que añadio en caso de no disponer dellos, *que desde luego quedassen incorporados en la casa de Sã-Lucar.* Vnde las doctrinas de que en la institucion vniuersal, se contiene lo reservado, no proceden en este pleito, por estar preuenindo lo que se auia de hazer destos bienes, no auiendo disposicion especial, ex Silvan. *consil.* 14. Mant. *de coniect.lib.7.tit.7.num.*14. Casanat. *cons.*37. *num.* 26. *& seqq.* Gratian. *tom.1.cap.50.num.23.* Thesaur. *decis.97.*

Res-

166 Respondemos, que estos Autores dizen, que para que se verifique la substitucion en algun caso, es preciso hazer interpretacion, que el que murio abintestato, no vsò de la facultad de disponer en fauor de sus herederos legitimos de los bienes sugetos a fideicomisso; lo qual cessa auiendo hecho testamẽto (que son los terminos deste pleyto) como reconoce el mismo Mantic. vbi supra, en las palabras que se dexan de trasladar, ibi: *Quòd autem substitutio locum accipiat, si grauatus nullo facto testamento decesserit, & inter viuos nõ disposuerit, ne alioquin sit derisoria magis, quam vtilis, sensit etiam Iasòn in cons.130.lib.*4. Y en el mismo caso de sucession abintestato, escriue Casanat. *dict. cons.*37. *num.* 28. *& seq.* y Thesaur. *dict. decis.*97. Y solo en el puede ser eficaz la razon, de que fuera ilusoria la substitucion, si el que tenia facultad de disponer de los bienes del fideicomisso, siempre fuesse visto vsar della, muriesse con testamento, ò sin el; pero no quando se limita el vso de la reserua a la institucion testamentaria. Y si algunos Autores con Siluan. *dict. cons.* 14. han sentido, que no es propria, y especial disposicion, la que resulta de la institucion de heredero vniuersal, estan reprobados comunmente, Menoch. *cons.*210. *à num.* 16. Peregrin. *art.* 40. *dificult.*2. *à num.*52. Castill. *tom.* 4. *cap.*61. *à num.*9.

167 Principalmente que en el caso de que aora se trata, estamos extra omne dubium: porque no se reseruò el señor Conde facultad de disponer de alguna cantidad, sobre los bienes del mayorazgo de Mayrena, en cuyos terminos procede la controuersia, de si es visto vsar della, nombrando heredero, ò muriendo abintestato, sino lo que se reseruò, fueron todos los bienes, *mem. num.* 34. ibi: *En este, y en los demas casos referidos los bienes del dicho mayorazgo han de quedar libres del dicho vinculo; y a disposicion del dicho señor Conde, para que en ellos suceda la persona, ò personas que su Excelencia señalare, ò para que pueda disponer dellos, como le pareciere*, en el qual caso es sin disputa, que lo reseruado passa a los herederos, y en esto van conformes los escritores de entrambas opiniones, vt distinguit Cagnol. *in l. fin. C. de pactis, num.*239. Thesaur. *d. decis.*97. *n.* 3. Sesse *decis.*48. *vol.*1. *num.* 1. *&* 2. *&* 10. Franch. *decis.*600. *num.*1. *part.* 4. Fontan. *de pact. claus.* 4. *glos.* 23. *num.*9. *tom.*1.

168 Y el discurso de los Abogados del señor Marques pudiera tener lugar, si el señor Conde no huuiera reuocado la fundacion de San Lucar, contenida en el testamento del año de 42. y entonces fuera bueno disputar, si auia vsado de la reserua, instituyendo por su heredera vniuersal a la señora Condesa, ò si auia de preualecer la agregacion que del mayorazgo de Mayrena, y sus bienes, auia hecho al Estado de San Lucar, en caso de no disponer dellos; pero no subsistiendo por estar reuocado el testamento del año de 42. no ay sugeto en quiẽ se verifique la proposicion, de que el señor Conde auia ya dispuesto, y es preciso reconocer que en la nominacion de heredero comprehendio todo lo que se auia reseruado.

169 Con que se desvanece tambien lo que se pondera a num. 393. de la respuesta contraria, queriendo dar satisfacion a lo que en nuestra informacion fundamos, num. 193. de que aunque la señora Cõdesa por el titulo de heredera, no huuiesse sucedido en estos bienes, por lo menos auia passado en ella el derecho de nõbrar sucessores en la casa de Mayrena, ex D. Molin. & alijs *lib. 2. cap. 4. num. 62.* Y dizen, que pudiera aplicarse esta conclusion en caso que el señor Conde especialmente no huuiesse hecho los nombramiẽtos (muriendo sin nueua disposicion) como los hizo, agregando el mayorazgo de Mayrena al Estado de San *L*ucar. Pero cessa la replica, y la disputa, no se pudiendo considerar la fundacion de San Lucar, a la qual el señor Conde se refirio, vna vez reuocado el testamento del año de 42. en que se cõtenia. Y assi desecho el mayorazgo principal quedò desecho el agregado, diximus in prima *nu. 200. & seq.* Y es fuerça confessar que la señora Condesa sucedio en vno, y otro por el titulo de heredera vniuersal, y que quãdo no huuiera sucedido en Mayrena, pudo en quanto aquella casa hazer los llamamientos que quisiesse.

170 Los lugares que se citan *num.* 399. de *Pereir. Phæbo, y Menoch.* para que el que tiene facultad de eligir, no pueda hazerlo sino es entre los de la familia del testador, no son aplicables a este pleyto: porq̃ el señor Cõde no dexò fundado mayorazgo de la casa de Mayrena, acabada la descendencia de don Enrique, reseruandose facultad de eligir sucessores en ella (que eran los terminos en que se pudierã inducir las doctrinas que el nombramiento no cayesse sobre quien fuesse estraño, y no de la familia) sino antes dispuso lo contrario expressamẽte, y quiso que faltando la sucesion de dõ Enrique, *los bienes del dicho mayorazgo de Mayrena quedassen libres del dicho vinculo, y a disposicion del señor Conde.* Vnde, auiendo en la señora Condesa, como su heredera, passado la misma facultad absoluta de disponer dellos, como de bienes libres, y sin vinculo, no ay duda que lo pudo hazer en estraños, fundando mayorazgo, ò no le fundando, y quando fuera mayorazgo el de Mayrena, aun despues de fenecida la linea de don Enrique, todavia la facultad del señor Conde fue amplissima de poder disponer, como le pareciesse, quo casu, la señora Condesa que sucedio en el mismo derecho, pudo vsar del, llamando estraños, y excluyendo, ò oluidando los de la agnacion, extraditis a Gratian. *tom* 4. *cap.* 724. *a num.* 15.

171 Pero considere el señor Marques de Leganes este caso, como quisiere, siempre le hallarà en fauor del señor Duque: porque si el señor Conde fue visto disponer, y vsar de la reserua, con auer nombrado heredero, ò si se transmitio esta facultad en la señora Condesa, habemus intẽtum, y sino passò este derecho, ni vsò de la reserua el señor Conde en el poder, los bienes del mayorazgo de Mayrena quedaron siempre libres: porque la vnion que dellos se confiessa, num. 400. se auia hecho al Estado de San Lucar, cessò con auer reuocado el señor Conde el testamen-

men-

mento de 42. pues tan libre facultad tenia para disponer de los bienes de Mayrena, y desagregar los de Sā Lucar, como para reuocar aquella fundacion, y fue visto hazer vno, y otro, instituyendo por su heredera a su muger, y anulando el testamento anterior. Y si en algo se puede verificar la agregacion, es en la disposicion de la señora Condesa, como comissaria, q̄ auiendose de regular por testamento del señor Conde (como tantas vezes està repetido) se ajusta en ella andar la casa de Mayrena, y de San Lucar en vn sucessor, como siempre fue la voluntad del señor Conde.

172 En el num. 401. y en el siguiente, dizen, que no saben a que vienen las autoridades, que en tanta copia alegamos in prima, num. 203. de poderse variar el nombramiento hecho en testamento, y la aplicacion si quisieran entenderla los Abogados del señor Marques, no es dificultosa: porque siendo su fundamento vnico, que el señor Conde vsò de la facultad de nombrar sucessores en el mayorazgo de Mayrena, por la disposicion del testamẽto del año de 42. en que le agregò al de San Lucar, y en que pretenden tener llamamiento el señor Marques, y su hijo, para excluir claramente esta eleccion, prouamos en aquel numero, q̄ quādo fuera verdadero el presupuesto, todavia el señor Conde auia podido mudar los nombramientos, y que con solo reuocar el testamento, auian quedado sin fuerça, y nulos los que en el huuiesse hecho, con que el señor Marques ha menester buscar otro titulo, que el testamento de 42. en que se funda, para auer de suceder en Mayrena.

173 Desde el num. 403. vsque ad num. 420. gastan muy de espacio en responder a Gregor. Lop. *in l. 21. tit. 21. part. 6. gloss.* 1. alegado en nuestro papel num. 204. para que solo cō auer mostrado animo, aunque en testamento imperfecto, el señor Conde de revocar las fundaciones del de 42. auian quedado revocadas; por tener su fuerça en la facultad Real, y siendo esta doctrina de que no necessitamos para este pleito, y que solo la alegamos para mayor corroboracion, en caso tanto mas dificultoso, no nos detenemos aora en su comprobaciō, ni en la respuesta por menor (que no fuera dificil) de todo lo que contra ella se pondera, remitiendonos a los lugares, que para su apoyo preuenidamente alegamos, *d. num.* 204. en la question de quando con acto invalido se revoca el valido, à que no se dà satisfacion alguna, sin embargo q̄ se gastan tantos numeros en solo la impugnacion de Gregor Lopez, y en querer disminuirle la gran authoridad (que justamente tiene adquirida) en las questiones de mayorazgo, diziendo, que ni las escriuiò, ni reconociò, sino es muy de prisa, y sin que ningun fundamento de los contrarios, proceda en los terminos en que habla Gregorio Lopez de mayorazgo, fundado en testamẽto con facultad Real.

174 Aunque el señor Marques se halla obligado a probar la incapacidad, que opone al señor Conde del tiempo del acto; y que por resistirle tantas presumpciones juridicas, que favorecen al poder de calidad natural, fee del Escrivano, y valor del instrumento, y conocerse de la excepcion de furor en este juizio sumario, y executiuo, tiene necessidad de probarle exacta, clara, y concluyentemente, y con testigos de toda excepcion, vt in prima num. 59. & à num. 63. & a num. 306. Y viendo, que no solo le tiene verificado, como se requiere, sino que toda su probança se reduze a dos testigos con tantas nulidades, inverisimilitudes, tachas, y contradiciones en lo substancial de sus dichos, como se pondera ibidem a nu. 247. Y que sin embargo, que al señor Duque le releva el derecho de otra verificacion, que de la que resulta, de las presunciones q̃ le assistẽ, para mayor manifestacion de la verdad, tiene examinados en su fauor quantos se hallaron en el otorgamiento del poder, y vieron, y hablaron con el señor Conde, antes, y despues, excepto el Padre Ripalda, y el Doctor Maroja.

175 Sus Abogados dan ã entẽder, que todavia entran en la calificacion de las probanças, con ventajas conocidas, y desde el num. 421. se hallan obligados para dar algun color a su intento, a proponer algunas conclusiones, que no se ajustan en el hecho, ni en el derecho, y a querer derribar la fee de todos los testigos del señor Duque, cõ tachas q̃ no lo son, y cõ cõtradiciones imaginadas, no perdonando circunstãcias, que solo con hazer dellas aprecio en causa tan graue, y en Tribunal tan grande, se conoce, quanto carece de fundamentos juridicos, quien se vale de tales menudencias, y el empeño de no passar testigo sin oponerle algun achaque, es el que mas a descubierto la lisura con que en este juizio han depuesto, poniendo solo la mira en declarar la verdad, que vieron, y entendieron.

176 Y alabamos el aliento de intẽtar deshazer las deposiciones de mas de 60. testigos, fortalecidas con diferentes presumpciones de derecho; de los quales mas de los 36. son de vista, como diximos in prima nu. 210. y aunque se nos niega en la respuesta del señor Marques, y se dize, que no son mas de 15. (como si fueran pocos, y ellos solos no bastaran para componer la mayor probança) no es dificil el ajustamiento, si se distinguen los testigos, que se hallaron al acto del poder, que son 19. y deponen del buen juizio del señor Conde en aquel tiempo, y antes, y despues, por mas de cinco horas continuadas, que son los quince que se nos confiessan, y otros quatro mas Felipe de Alvarado memor. num. 379. Augustin de Vargas num. 395. Pedro de Vmaña num. 401. Y Domingo de Miera num. 431.

177 Fuera destos, y otros (que puede ser en tanto numero se nos encubran) que estuvieron presentes al poder, ay otros 18. testigos, que deponen de vista tambien de aquella misma mañana, en que se otorgò, y

habla

ron, y vieron al señor Conde, antes, y despues de aquel acto, y reconocieron por sus acciones, y palabras, estava en su cabal, y entero juizio, que son Doct. Francisco de Medina, Memor. num. 236. El Padre Fray Pedro Rodriguez de la Orden de Santo Domingo num. 256. El Padre Fray Alonso de Salamanca de la misma Orden num. 257. Geronimo de Monte Alegre num. 260. Thomas de Mansilla el Cura, que le ministrò el Sacramento num. 263. Don Bernardo Ramirez num. 328. Artus de Rois num. 336. Don Pedro de Arçe num. 338. Francisco Vallejo num. 343. Augustin de Pamies num. 345. Francisco Maquerian num. 346. Catalina Perez num. 368. Catalina Lopez num. 369. Andres Dualde num. 389. Fray Iuan de Iesus Maria, Carmelita descalço num. 411. Fray Francisco de Isunça de la Orden de Santo Domingo num. 414. Francisco de Aguilar num. 417. Y Fray Bartolome Diaz, Religioso de Santo Domingo numero 429. Con que no solo se llena el numero de los 36. testigos de vista (que diximos) sino que se excede, aũ sin apurar las demas deposiciones q̃ contienen especialidades, y circunstancias de no pequeña importancia, en orden a la misma comprobacion.

178 Y aunque estos testigos no se hallaron al acto del poder, no siendo el pleito sobre si el señor Conde le otorgò: (porque en esto vàn conformes las partes) sino sobre, si estuvo desde el amanecer del dia, Miercoles 19. de Iulio, hasta que se recogiò a dormir, sin delirio, y con juizio entero, y en intervalo perfecto; todos los que deponen averle visto, y comunicado en aquel espacio en varios tiempos, y ocasiones, y averle siempre reconocido con capacidad, discurriendo, y obrando cuerdamente, son los mejores testigos para el intento del señor Duque: Porque el señor Marques niega absolutamente, que el señor Conde en ningun instãte, aunque breve, de aquella mañana, recobrasse su juizio; y no alega que por causa nueua, especialmente prevaleciesse el delirio en el acto del poder: y si vna vez se admite que estuvo en su juizio, aunque fuesse solo en el tiempo anterior, cessa la congetura de la continuacion del furor (en q̃ se haze solo el esfuerço) por la introducion de calidad contraria. Y assi el señor Duque no ha menester mas de lo que concluyen todos estos testigos, que aviendo visto al señor Cõde poco antes, y despues con capacidad, juzgan que la tendria tambien quando el otorgamiento: y aqui es dõde se ajusta sin disputa, que el principio, y fin influyen en el medio, y q̃ se prueba, probados los extremos, *l. sicut*, §. *non videtur quib. mod. pig. vel hip. solv.* Bart. *in l. calsus n.* 21. *de vsuc.* Barb. *axiom.* 145. Y no quãdo se quiere inducir por parte del señor Marques de tiempos mas remotos, discontinuados con calidades, y presumpciones contrarias, y no de los proximos, y immediatos, vt diximus supra num.   y indiuidualmente lo probamos num.   con el Cardenal Lugo *de iust. & iur. tom. 2. disp. 24. sect. 4. num. 63.*

179 Con esto, y con lo que en nuestro primer papel se fundò a nu. 207. en ponderacion de la probança del señor Duque: y a num. 247. en im-

impugnacion de la contraria (a que no se dà satisfacion alguna por el señor Marques) pudieramos escusar la respuesta de lo que nuevamente se replica: y mas quando todas las oposiciones que se hazen a nuestros testigos, se desvanecen por si mismas, sin ser menester poner de nuestra parte algun esfuerço, para que se desestimen; y con todo por la mayor manifestacion, las discurriremos brevemente.

180 Desde el nu.423. antes de tratar de las tachas particulares, que pretendẽ tienẽ todos los testigos del señor Duq̃, proponen algunas reglas generales, q̃ (como dizẽ) siruen para disminuirles la fe, y que no se les dè credito. Y en el *num.*424. *& seq.* ponen por primera, y segunda regla, q̃ por deponer contra tantas presumpciones, que asisten al señor Marques, y no ser verisimil lo que testifican, se han de tener por sospechosos. Y apenas podemos creer que esto se alegue seriamente, y que auiendo de llegar a manos de los mayores juezes su papel, tengan animo de entrar con tales proposiciones, quando solo se aplican al señor Duque, que tiene en su fauor la presumpcion de la calidad natural, la del valor del acto, la del instrumento, la de la fe del escriuano, y las demas que recopilamos in nostra a num.431. por cuya causa los testigos que deponen en abono de la sana mente, y del instrumento, son preferidas, vt ibiden diximus à num.309. Y los que tienen por si las presumpciones, y disposiciones juridicas, son los que deponen verisimilmente, Farinac. *de testib. quæst.* 65. *à num.* 128. *& à num.* 150. Mascard. *de probat. conclus.* 1225. *a num.* 8. y el señor Marques en todo quanto intenta en este pleyto, tiene clara resistencia de derecho, que es lo que le obliga a mas exacta prouança.

181 La tercera regla, la proponen en el *num.*426. *cum sequent.* que por estar varios, y contrarios entre si todos los testigos del señor Duque, son sospechosos, y no hazen fe, y a esto ya se respondio en nuestra informacion à num.295. donde ponderamos las mas capitales contrariedades, que se alegan, dando a todas satisfacion concluyente. Y si aora se añaden otras, son (como despues se verà) friuolas, y sin substancia, y siempre en este punto basta por respuesta general, que las contradiciones en tanto quitan el credito a los testigos, en quanto tocã a lo principal, y substancial del negocio, secus, si se contradizen en algunas circunstancias extrinsecas, accessorias, impertinentes, y accidentales, Farinac. *quæst.* 65. *num.* 16. *& seq. & quæst.* 66. *à nu.* 22. Mascard. *conclus.* 1367. *n.* 5. Y se hallarà q̃ todo lo q̃ los Abogados del señor Marques han acumulado en esta parte, no es en lo principal, de si el señor Conde otorgò el poder, y lo en el contenido, con juizio, y capacidad, y sobre las demas acciones suyas de aquella mañana, en que le manifestò, sino en algunas circunstancias muy remotas, y que no siruen al intento, sean, ò no sean verdaderas.

182 Y siempre se ha de procurar la concordia de los testigos, aunque esten varios en lo substancial, por todos los medios posibles, *cap. cum tu vbi omnes, de testib.* Farinac. *quæst.* 65. *a num.* 37. etiam, presumiẽdo,

do,y multiplicando los actos que de su naturaleza son reiterables,impropriando,y supliendo las palabras, y distinguiendo los tiẽpos,como prueua latamente el mismo Farinac.*dict. quæst.65.à num.38. vsque ad num.* 55. Mascard.*conclus.*1179.*num.*51. *& conclus.*1184.*num.*4. Y no se han de cauilar las deposiciones de los testigos,sino antes se han de ayudar,admitiendo qualquiera benigna interpretacion en su fauor, Farinac. ibid. *num.*73.*&* 74.*& quæst.* 68. *nu.* 43. Mascard.*cõclus.*1161.*num.* 10. Petr. *de fideicommis.quæst.*12.*num.*949.*&* 1024.Menoch.*lib.* 5.*præs.* 22.*num.* 12.Y los testigos en algun modo cõcordes,no solo se libran de la sospecha de falsos,sino que se vnen para la prouança,Farinac.*d.quæst.*65.*num.* 77.lo qual en el num.81.dize,que es sin disputa,quando la concordia cae sobre circunstancias accessorias.

183 Y fuera gran marauilla, que entre mas de 60. testigos que deponen sobre 28.preguntas,que contiene el interrogatorio del señor Duque,no huuiesse alguna variedad, y discordia pequeña,en las cosas menos importantes, y que por tales no se aduierten con toda la atencion, y antes es lo que les deue dar mas credito,y haze mas verisimiles, y creibles sus deposiciones, Farinac. *dict. quæst.*65.*num.*34. ibi: *Modica contrarietas,non solum tollit fidem testibus,sed etiam eorum testimonium reddit credibilius,& quæst.*64.*num.* 84. *& quæst.*66.*num.*36.ibi: *Modica varietas etiam in substantialibus testi fidem non tollit*,Petr.*de fideicommis. d. quæst.*12.*a num.* 1244. Y que sean deste genero las variaciones que se nos oponen,despues se conocerà.

184 Ponen la quarta regla en el *num.*429.*& seq.* de que los testigos de oydas no prueuan,y se la acomodan al señor Duque,q̃ tiene treinta y siete de vista,quando le sobrauã dos. Y desde el num.431. oponẽ por quinta regla, la tacha que dizen padecen ocho,ò diez testigos, por interessados, y legatarios en las disposiciones de la señora Condesa. Y a esta objecion respondimos in prima, *nu.* 293.*& seq.* Y solo aora reconociendo,que es disposicion clara,que el legatario puede ser testigo en fauor del testamento,dizen en el nu .439. que esto se entiende,para que lo pueda ser instrumental del testamento; pero no judicial, deponiendo en su fauor,y esta inteligencia es torcida,y contra derecho: porque no solo para autoriçar,y solemniçar el testamento,puede el legatario ser testigo,sino tambien para testificar judicialmente en su apoyo,quando se controuierte su valor,Farniac.(que lo pone por conclusion sin contradictor, y cita vna coluna de autores)*quæst.* 60. *nu.* 289.ibi: *Amplia secundo, vt legatarius non solum recipiatur in testem, ad solemniçandum testamentum,vt dixi, sed etiam ad illius veritatem probandam in causa testamenti minimè repellatur*, Mascard. *conclus.*973.*num.* 2.Y solo quando el legatario pide su legado, no es testigo apto en fauor del testamento contra el heredero, por ser en su misma causa, Farinac. *ibid.num.*295.& Mascard. *num.*4.y *Farinac.* que se alega en contrario *d. quæst.*60,*num.*313.(como si no se huuiera de ver)no habla en esta questiõ, sino en otra muy diuersa,si es necessa-

faria eſcritura del teſtamento, y que el legatario aya firmado en el, para poder ſer teſtigo en ſu fauor, y en ella no toma reſolucion, y ſe remite a los *num.306.& ſeq.* y aſsi no prueua la limitacion para que ſe trae, ni es del propoſito.

185 Y quãdo el interes del teſtigo es ſecundario, y remoto, y no inmediato, y principal, no deſacredita ſu dicho, Farinac. *d. quæſt. 60. num. 8. & 9.* Y concurre en eſte pleyto tãbien, que quando depuſieron los legatarios en la informacion de Toro, no lo eran, ni tenian interes proximo, ò remoto en el valor del poder: porque aun no auia la ſeñora Condeſa otorgado en ſu virtud las diſpoſiciones en que les hizo algunas mandas, como conſideramos in prima, num. 294. y no es de importancia lo que ſe nos replica. num. 438. de que no ſe ha de hazer caſo de aquella informacion, por ſer ſumaria: porque importa poco ſea ſumaria, ò plenaria, para lo que aora tratamos, pues de qualquier manera ſe conoce que los teſtigos que en ella dixeron, no les mouio el interes de ſus legados en lo que depuſieron; pues no le tenian, ni le eſperauan, y ſi repitieron deſpues lo miſmo en eſte juizio, quã do eran legatarios, tampoco ſe ha de atribuir à afecto que tuuieſſen a la cauſa, ſino a la obligacion de continuar en la verdad, que primero auian declarado.

186 En el num. 439. & ſeqq. ſe pone por ſexta, y vltima regla, que los teſtigos que dizen animoſamente, y con arrojamiento, ſe deven deſeſtimar, como ſon Felipe de Alvarado, y otros, cuyas palabras ponderan para dar a entender, que quiſieron negar abſolutamente, que el ſeñor Conde en ningun tiempo de ſu enfermedad, antes, ni deſpues del Miercoles, no eſtuvo fuera de ſi, ni enagenado. Y a eſta que juzgan por contradicion, ſe ſatisfizo prevenidamente en nueſtra informacion, *num. 300. cum duob. ſequent.* Con que algunos deſtos teſtigos no juzgaron por incapacidad en el ſeñor Conde el verle, en la ſuſpenſion que declaran ſolia tener, y quando no le vian hazer actos violentos, y de furioſo, y deponen ſolo de los tiempos en q̃ le aſsiſtieron; y ſegun la variedad de ellos, ſe compone lo que dizen con las declaraciones de otros: y ſolo depone arrojada, y animoſamente el teſtigo, que teſtifica por cierta alguna coſa, de que no puede auer certidumbre, Farinac. *quæſt. 60. num. 35. & ſeqq.* que es lo que no ſe verifica en ninguno deſtos teſtigos.

187 Aviendo concluido con las reglas referidas, paſſan los Abogados del ſeñor Marques a ponderar por menor las variaciones de nueſtros teſtigos, y antes en el num. 441. afirman, que el ſeñor Duque tiene obligacion de probar la ſanidad del juizio del ſeñor Conde del punto, y del inſtante del miſmo tiempo del acto, Maſcard. *concluſ. 824. nu. 19.* y otros, que hablan quando perſeuera la preſumpcion, que el furor anterior dura; y ſobre que eſta concluſion, no ſe aplica al caſo preſente, hemos hecho largos diſcurſos en eſte papel, y en el primero, y baſtàra ſolo la limitacion, de que el ſeñor Marques no le tiene verificado de años y meſes, como ſe requiere, vt in

pri-

prima num. 89. quibus addimus Tiberius Decian. *respons. 5 1. lib. 4. num. 94.* ibi: *Dato quod fuisset in furore, nõ inde sequeretur, quod ipse furor, vel dementia duraret etiam tempore testamenti, quia adhoc, vt durare præsumatur, non sufficit probare quod aliquo tempore brevi fuerit, puta vna, vel duobus, vel tribus, aut octo diebus, sed requiritur probari, quod per plures menses fuerit, nam tunc procedunt cõtraria.* Y asi asientan los Abogados del señor Marques lo mismo que se controvierte, incurriendo de nuevo, en lo que tantas vezes hemos advertido.

188 Desde el nu. 442. comiençan por Bernardino de Benavides, y dizen que depone por su descargo, auiendose otorgado el poder ante èl: pero està satisfecha esta oposicion plenamente in prima num. 215. & seqq. Añaden, que se contradize visiblemente en lo que depuso en la informacion sumaria de Toro, y en lo que despues dixo en plenario. Y la contradicion consiste en que mem. num. 354. dize, que el señor Conde despues de auer otorgado el poder, y la donacion de la tabla franca procurò firmar: y en este pleito num. 259. dize, que primero otorgò el poder, y le procurò firmar; y despues pasò lo de la donacion. Y en estas deposiciones no ay variedad; porque la primera se ha de entender, refiriendo singula singulis, que acabado el poder le procurò firmar; y que tambiẽ procurò firmar la donacion despues de otorgada, y no depone lo contrario en este juizio, sino declara con mas especialidad esta circunstancia de auer firmado antes, ò despues, que no influye en lo que se disputa proxima, ni remotamente, y es estraña del caso.

189 Sin que importe lo que en algunos d numeros de la respuesta contraria, se replica, que todo lo que està articulado, se tiene por substancial, Farinac. *quæst. 65. num.* 18. porque luego en el *n. 20. cum. seqq.* lo declara, quando lo que se articula consiste en circunstancias cercanas, y que tocan en la substancia, y en lo principal del negocio, y no en las q̃ son impertinentes, y lo demas fuera querer, que lo que sin necesidad se articula por las partes quedàra calificado por pertinente, contra reglas de derecho: y le falta al señor Marques verificar en esta, y otras circunstancias semejantes, que se contengan en las preguntas del interrogatorio del señor Duque en el modo de que quiere induzir las contradiciones.

190 En el num. 448. se pondera vna variacion de Benavides, con otros testigos, sobre el llegar el poder, ò vn papel al señor Conde, para vèr si podia firmar, y sobre darle vna pluma el mismo Escriuano, ò Don Bartolome del Castillo su Secretario, y la contradicion es tan delicada, que apenas se percibe, por mucho estudio que en ello se ponga; porque bien se compadece, que a vn mismo tiempo pusiesse sobre vna cartera el poder Don Bartholome, para que le firmasse el señor Cõde, y que quisiesse primero Benavides, ò el mismo D. Bartholome experimentar si lo podia hazer en vn pliego en blanco, como lo executò el señor Conde, empeçando a querer hazer su firma con la pluma, que traìa el Escriuano, ò su Se-

Secretario, ò con las de entrambos, y insistir en ponderaciones semejantes, es gastar el papel, y el tiempo inutilmente.

191 Fuera desto añaden en el num.449. otras dos contradiciones de Benavides con otros testigos, que tienen tanto cuerpo, como la passada: La vna es, que dize, que èl pidio la tabla franca al señor Conde para el hijo de Iuan Vicente: Y que otros dizen, que la pidio el mismo Iuan Vizente, como sino pudiera ser todo: Y la otra es, que depone, que al nombrar el señor Conde testamentarios, nombrò al Cardenal su señor: y que èl le preguntò: Que Cardenal? Y su Excelencia le respondiò, el Cardenal de Vorja: Y que otros testigos no dizen, sino que primero dixo al Cardenal mi señor; y que luego añadiò, de Borja, como si este luego no pudiesse caer despues de la replica del Escriuano, que ninguno niega positivamente la hiziesse; y sin embargo de ser estas variaciones soñadas, desde el num.452. dizen, que le quitan la fee totalmente a Benauides, y que son en lo substancialissimo de la causa; y que por notorias, y claras no se pueden, ni deuen concōdar, proposiciones todas en que es necessario reparar mucho para conocimiento de los fundamentos de que componen los Abogados del señor Marques sus respuestas, y la defensa de su parte.

192 Contra el Doctor Laçaro de la fuente dizen a num.456. que està conuencido totalmente de falso; porque memor. num. 229. depone, que en la junta en que se hallò el Padre Ripalda, y el Doctor Maroja, y èl, la mañana del dia Miercoles, se cōformaron en que el señor Conde estava en su juizio; y que en ella no se hallò el Doctor Medina; y que el Doctor Medina dize, que se hallò en ella, memor. num. 236. Y esta contradicion es imaginaria: porque aquella mañana en enfermedad de tanto aprieto, es muy verisimil se hiziessen muchas juntas diferētes; y q̄ el vn medico hable de vna, y el otro de otra y consta de las mismas deposiciones manifiestamente, que esto fue assi: porque luego que el Doctor Medina, como à las cinco de la mañana, reconoeiò la mejoria en el señor Cōde, por assistirle de noche, embiò à llamar a los Doctores Maroja, y Laçaro de la Fuente, *y entōces todos tres se retiraron a hazer junta*, como dize el Doctor Medina; y que despues se fue à descansar. Y de alli a vn rato, auiendo venido el Padre Ripalda entre èl, y los Doctores Maroja, y Laçaro de la Fuente, se hizo otra junta; y en esta dize el Doctor Fuente con particularidad: *Que el Doctor Medina no estaua alli en la ocasiō, ni en esta junta*, como dando a entender, que en la antecedente se auia hallado. Y fabricar sobre variacion, que no lo es, ni en lo substancial, ni en lo accidental, las proposiciones que se alegan en contrario, de que este testigo està conuencido de falso; y que por esto es indigno de credito. Es dezirlo; pero no es probarlo. Y bueluē en el num.461. & seqq. a ponderar, que es vno de los testigos, que estàn contrarios, en quien fue la persona que intercediò para la donacion de la tabla franca, si Venauides, ò Iuan Vicente; y tambien en quanto a las palabras con que el señor Conde nombrò

brò por su testamẽtario al señor Cardenal Vorja de qua supra.

193 Contra don Diego de Araque dizen en el num.464. que es legatario, a que respondemos, que esta no es tacha, vt diximus sup. num. Y en el num.465. añaden, que es de los que varian en lo de la pluma, si la dio Benauides, ò don Bartolome del Castillo, y en si llegò el poder, ò vn papel para que firmasse el señor Cõde, y tambien en el num.466. le juntan con los que discrepan en quanto a la intercesion de la tabla franca, y en las palabras del nombramiento del señor Cardenal; pero a todo dexamos satisfecho en los numeros antecedentes.

194 Por ponderaciõ de mayor peso se pone en el num.467. que este testigo *mem.num.* 276. con arrojamiento, y contra toda razon, y reglas de medicina, dixo, que el Miercoles en la tarde a cosa de las seis hallò al señor Conde *diziendo Letanias, y Responsos, y otras cosas a este tono, de su deuocion, y al parecer del testigo, no por estar con lethargo, cree estuuo fuera de su juizio, pues estas palabras de deuocion no caben en vn hombre que no estè en su entero, y sano juizio.* Y si el señor Conde hablaua, y dezia las oraciones que refiere el testigo, no se auia apoderado aun en aquel tiempo el lethargo con todo rigor; pues quando llega à sumo grado, induze sueño profundo, y insensibilidad, como prouamos sup. num. Y asi no es muy mala razon, que el testigo juzgasse, que todavia no estaua priuado de su entendimiento, quien tenia memoria fija para repetir las oraciones que sabia, y entonces padecia solo principios de lethargo el señor Conde, con quien se compadece capacidad, y juizio bastante, diximus sup. num. Y quando don Diego de Araque por no ser su profesion, huuiesse errado vna regla de medicina, no por esso ha de ser tenido por mal testigo, aunq̃ no sea buen Medico, y pararia la oposicion en no hazer caso de su parecer en aquella parte sola.

195 En el num.468. cierrã las objeciones contra este testigo, con q̃ *mem.num.*276. depone que el señor Conde mandò le enterrassen en Lueches con su muger, cosa fuera de proposito, estando viua: y no es menos fuera de proposito la ponderacion: porque en aquel modo de hablar se entiende, que el señor Conde tuuo por cierto, que la señora Condesa se mandaria enterrar en muriendo con el, y en Lueches fundacion, y entierro de entrambos, como lo hizo.

196 Contra don Bartolome del Castillo Secretario del señor Cõde, no hallan que oponer, *num.* 469. *cum duob. seq.* sino lo que en otros testigos dexamos desvanecido, de ser legatario, y incurrir en la variacion de la pluma, y el papel en que quiso firmar el señor Conde, y en lo del nõbramiento de testamentario del señor Cardenal Borja, y con esto le dan por excluido de la fe que se le deue.

197 Contra don Diego de Llamaçares oponen en el num.472. que en toda su deposicion habla cõ grandisimo arrojamiento, y no señalan qual sea, y nos persuadimos, que por ser este testigo de los que con mas claridad, y especificacion deponen

de

de lo que le passò al señor Conde la mañana del Miercoles, y de los mas noticiosos en todo lo que se articula por el señor Duque, le califican por animoso, y arrojado. En el num. siguiente dizen, que no se le ha de dar credito: porque declara, que se hallaron presentes al otorgamiento del poder D. Bernardo Ramirez, y Artus de Roy; y que estos testigos lo niegã. Pero es facil la salida; porque Don Diego memor. num. 333. solo dize, que èl, y otros, que declara, estuuierõ presentes en el acto del poder; y añade: *Y assimismo estauan alli Simon Rodriguez, Don Bernardo Ramirez, Artus de Roi, &c.* Y esto no es dezir, que se hallaron quãdo el otorgamiẽto, sino en el aposento del señor Cõde en aquella mañana; y es cierto, q̃ Don Bernardo Ramirez entrò immediatamente, y se hallò en la donaciõ de la tabla franca, memor. nu. 328. Y Artus de Roy por ser moço de Camara entrava, y salia en todo aquel tiempo muy frequentemente, como consta de su deposicion; y sin embargo de ser esto asi, quando fuera cierto lo que en contrario se supone, el testigo que niega auer estado presente, en el acto en que otro le cita, se ha de concordar con èl; y en opinion de muchos, se vnen para la prueba, Farinac, *quæst. 65. num. 272. & seqq.* Y mas variando en vna circunstancia tan extrinseca al intento, como esta.

198 En el *num. 474. & seqq.* dizen, que se contradize este testigo consigo mismo, por auer dicho, que quando entrò el Escriuano, el señor Cõde le hechò el braço derecho por dos vezes; y que luego al tiempo de firmar el poder, dà por razon de no auerlo podido hazer, que estava recostado sobre el braço derecho: y conociendo que esta es vna circunstancia poco substancial, y que no està articulada, añaden: que todavia por ser perteneciente, le disminuye el credito, estar vario en ella. Y no ajustamos como sea perteneciente, circunstancia tan remota, ni en que consista la variacion; porque auiendo passado tiempo desde que entrò Benauides, hasta estar escrito, y otorgado el poder, muy bien se compone, que al principio tuuiesse el braço derecho el señor Conde desembaraçado, como era menester, para la demostracion de ponersele encima de la cabeça al Escriuano; y que despues por estar en diferente postura, ò por ser necessaria mas libertad para firmar, no pudiesse vsar dèl con facilidad.

199 En el num. 476. & seq. oponen a este testigo lo mismo q̃ tantas vezes repiten (aunque de tan poca substancia) en quanto a quien puso el papel, y dio la pluma al señor Conde, y quien intercedio con el para la gracia de la tabla franca. Y en el num. 478. dizen, que està contrario con el Licenciado Tomas de Mansilla, el Cura que ministrò el Viatico al Señor Conde, en el modo con que pidio la Extremavncion; pero de vna deposicion, y otra, y de lo que en esta parte contestan los que estuuierõ presentes, se manifiesta que no ay variedad: porque es cierto que el señor Conde, ò de suyo, ò aduertido del Cura, pidio el Sacramento de la Extremavncion, despues de auer recibido a nuestro Señor, y la substancia deste acto consiste en la aduertencia del señor Conde, y estar tan en si en

el.

el,y con tanta deuocion, y piedad, y importa poco la circunstãcia de que se quiere inducir variacion, como tambien la que ponderan num. 479. de que Llamaçares depone que el señor Conde dixo el Credo en Romance, y que Andres Dualde declara le dixo en Latin: porque auerle dicho, y la confession sin errar punto, y con las pausas, y accentos que denotauan la inteligencia con que estaua, es lo que se articula, y esto se verifica, dixesse estas oraciones en vna lẽgua, ò en otra, y auiendo passado tãto tiempo, no es mucho que los testigos se equiuocassen en esta menudencia.

200 A don Ioseph de Isunça se le opone, num. 480. que es legatario, y en los num. siguientes, que se contradize; pues en la informacion sumaria de Toro, dixo, que no se hallò presente al otorgamiento del poder, y en este juizio dixo lo contrario, y a esta que parece contradicion se satisfizo en el papel del señor Duque, num. 303. tan concluyentemẽte, que pudieran los Abogados del señor Marques oluidarla, y no insistir mas en ella. Porque lo primero a este testigo se le preguntaron muchos actos juntos, en que auia estado presente, y entre ellos se mezclò el del poder, y dando razon como lo sabia, dixo, que por auerse hallado en todos, generalidad que se puede reduzir a casi todos. Y lo segundo: porque la segunda vez dixo protestando no fuesse visto cõtradezirse; porq̃ no se le mostraua su primera deposicion, con cuya cautela se halla preseruado de qualquiera contradiciõ, Farin. *quæst.* *66. num.* 41. que cita a Bartulo, y otros muchos autores, y lo mismo prueuan Menoch. *de arbitrar. lib.* 2. *casu* 109. *num.* 13. y Gail *lib.* 1. *obseruat.* 104. *num.* 1. & 2. aunque los Abogados del señor Marques quieren que no lo digan, cuyas palabras no trasladamos por no alargarnos demasiado, y lo q̃ añade Farinac. *dict. quæst.* 66. *num.* 43. citado en contrario; no es para este punto, de euitar la variacion con la protesta, sino para la disputa, de si el testigo se puede remitir a su primera declaracion en todo, sin dezir en la segunda cosa especial, en que habla desde el num. 39. y este no es nuestro caso. En el num. 483. se buelue a ponderar tambien contra este testigo la contradicion de quien fue el que dio al señor Conde la pluma, y el papel para que firmasse.

201 En el num. 484. se dize cõtra don Nicolas Ontañon, page del señor Conde, que es interessado por legatario, y en el num. 485. que està conuencido de falso: porque depone que se hallò presente al otorgamiento del poder, y que despues vino con acha alumbrando al Santissimo, y q̃ esto no puede ser: porque los demas pages dan por razõ de no auerse hallado en el acto del poder, el estar en aquel tiempo en la Parroquia para venir acompañando a nuestro Señor. Y es indigna que se pondere esta circũstancia; pues algunos pages pudieron ir a la Parroquia antes que otros, y don Nicolas no fue con los demas, por auerse retirado en aquella ocasion a mudar vna camisa, como el mismo depone, mem. num. 334. y boluio al tiempo que assistio al otorgamiento, y despues fue a la Parro-

quia para venir con acha, como los otros pages, y huuo tiempo en medio para todo. Y en el num. 486. & seq. se le oponen tambien las variaciones de la pluma, y el papel, que se llegò al señor Conde para que echasse su firma, y de la forma con que el señor Conde nombrò por su testamentario al señor Cardenal Borja, de quib. sup.

202 Contra Simon Rodriguez *num.*488.*cum duob. seq.* no se opone otro defecto que el de legatario, ni variacion, sino la de la pluma, y nombramiento del señor Cardenal, que son objeciones ordinarias, de que a mas no poder echan mano los Abogados del señor Marques; porq̃ no se diga dexan passar algun testigo sin oposicion.

203 En el num.491. se dize, que doña Geronima de Mendoza es legataria, y en los dos numeros siguiẽtes, que tiene otra mayor excepcion para que no se le dè credito, porque el señor Duque la paga la casa en que viue, y que por esto es testigo sobornado, y corrompido, que no haze fè ex Farinac. *q.*67.*n.*236. Pero ay que aduertir por respuesta para las oposiciones deste genero, que tambien se hazen a otros testigos, que el señor Duque, muerta la señora Condesa, quedò por amparo de los criados de los señores Condes, que se acogieron a su abrigo, confiados en la atencion con que siempre auia fauorecido los de aquella casa, y el señor Duque en quien viuen, y han viuido siempre aquellas memorias, recibio con agrado a algunos criados en su seruicio, y à algunas mugeres las acomodò con el socorro de pagarlas la viuienda, y de acto tan generoso, y tan digno de vn gran señor, no se ha de sacar argumento de que sobornò los testigos, y mas entre personas tales, y siendo regla que lo que se dà publicamente al testigo, no induce sospecha, idem Farinac. *dict. quæst.* 67. *num.* 269.

204 Y concurre tambien, que todo esto ha passado mucho despues de auer estos testigos depuesto, quo casu, por las dadiuas posteriores, no pierden el credito, Farin. *dict. quæst.* 67. *num.* 277. y siempre es conclusion corriente, que los defectos se hã de verificar del tiempo de la deposicion, idem *quæst.* 62. *à num.* 296. y que no importa sobrevengã despues num. 304. y a la replica de que no se ha de atender a la informacion hecha en esta Corte, està respondido sup. nu. con lo que diximos en la de Toro.

205 En el n.494. not. n a este testigo de arrojado, por auer dicho, q̃ siẽpre vio al señor Conde en su juizio, a que se satisfizo sup. num. Y quando otorgò el poder, dixo que reuocaua los testamẽtos anteriores, como si de la letra del mismo poder no constara auer esto passado asi. Y en el 495. oponen tambien, que esta vario, por dezir, que el escriuano escriuio el poder enfrente de la cama del señor Conde, y que vn oficial de Benauides, dize, que èl le escriuio en la antesala, dictandosele Benauides, y en esta parte no ay enquentro, pues bien pudo estar la antesala enfrente de la cama del señor Conde, y escriuir el poder, y dictarle, no se oponen en lo formal. Y como quiera que esto se mire, es circunstancia extrinseca, y no del caso: y quando el lugar, y

el

el tiempo no son de substancia, no importa la diversidad en los testigos, Farinac. *quæst*.64.*a num*.77. Mascar. *conclus*.1303.*num*.2.

206 Desde el num.496. repitẽ las mismas objecciones contra Doña Catalina de Olivares de ser legataria, y vivir en casa pagada por el señor Duque, y dezir con arrojamiento, que el señor Conde estava en su juizio quando testò. Y en el nu. 499. que està encontrada con Benavides, sobre quien fue el que intercediò para la donaciõ, cosas todas levissimas, y a que se ha satisfecho plenamente.

207 Contra Isabel Delgado se dize en el num.500. que es interessada, por tener legado, y en el n. 501. que el señor Duque la paga la casa, y en el num. 502. que no se le ha de creer; porque depone, que estava detras de la cortina de la cama del señor Conde quando otorgò el poder, y la regla es contraria a esta oposicion; porque al testigo se dà entera fe, aunque testifique que estava oculto detras de alguna pared, ò cortina, Farinac. *quæst*.69.*a num*.175. Præcipue, si tenia bien conocida la voz del que hablava n. 194. Y solo la limita quando se trata de probar el testamento a num. 185. & num. 188. y como no necessitamos de verificar la verdad del otorgamiento del poder (que no se pone en controuersia) en todo lo que depone este testigo, queda en su entero credito. Y en el num.503. se dize, que es de los que con aliento deponen, y en el nu. 504. que esta vario en la circunstancia cõ que el señor Conde nombrò por su testamentario al señor Cardenal.

208 Ana Gomez quieren sea tambien testigo tachado, desde el n. 505. porque dize vio el otorgamiento del poder, desde vna regilla de alãbre; y muy bien pudo por ella vèr, y conocer al S. Cõde, y hiziera entera fe, aũque se disputara sobre si era cierto el poder. Y le oponen lo general de legataria, y de vivir en casa pagada por el señor Duque, y dezir con arrojamiento, y en el num. 508. dizen, que està conuencida notoriamẽte en dar por razon de auer conocido à Bernardino de Benavides, ser el Escriuano ante quien ordinariamente se despachauan los negocios de la casa del señor Conde, constando no auerse otorgado ante èl, sino es el poder, y la donacion immediata a èl. Y aunque reconocen que esta no es falsedad en lo substancial, sino en lo estraño, y impertinente, todavia concluyen, que no se le ha de dar fee en nada, contra las reglas, que dexamos assentadas supra num. Y bastòle a vna muger, vèr frequentemente a vn Escriuano en casa del señor Conde, para persuadirse seria a los despachos que se ofrecian, y el conocimiẽto es cierto por la entrada, y comunicacion de Benauides en Toro con el señor Conde. Y en el num. 509. por contradicion deste testigo, oponen lo que à Doña Geronima de Mendoça sobre el lugar donde se escriuio el poder, a que respondimos supra numero.

209 Contra Iuan Vicente, el Licenciado Pedro Martinez, y Don Luis del Alcaçar dizen nu. 510. que depusieron sin citacion en la sumaria de Toro, y que no hazen fee; por

no

no eſtar ratificados: pero ſe excluye con lo que diximos in prima num. 213. y añaden, que los prendaron en aquella informacion, hecha con cautela, y ſin neceſsidad; y que aſsi no ſe les deue dar credito, ex Farinac. *quæſt.72. num.* 1. Y Farinacio no dize, que por eſtar prendados no prueban, que es para lo que le alegan, ſino otra coſa muy diferente, y muy vulgar, de que el teſtigo examinado parte non citata, no le perjudica: y ſin embargo a la cautela, que ſe ſupone huuo en la informacion de Toro, eſtà reſpondido en nueſtro papel a núm. 384. y con eſto concluyē las objeciones de los teſtigos de viſta del poder: y añaden en el nu. 511. que no ſon mas de 15. auiendoſe dexado los quatro, de quib. ſupr. n.

Y omitiendo tambien los 18. que deponen de viſta de las acciones del ſeñor Conde, antes, y deſpues del otorgamiento. Y no tienen los Abogados del ſeñor Marques, que eſtrañar el gran numero de teſtigos; pues ò por criados, o por allegados, y conocidos tuvieron titulo baſtante para auerſe hallado aquel dia en la preſencia del ſeñor Conde.

210 Y no es veriſimil, que tantos teſtigos ſe ayan engañado en el juizio, que hizieron de auerſe recobrado a ſu entera capacidad el ſeñor Conde, y como eſcrive Marcellino, *in diſſertat. de Thucidid. vit. quæ obſcura ſunt, ea multorum conſentiens relatio, apperit explicatque.* Y por eſta cauſa el numero de los teſtigos ſuple qualquier defecto que padezcan, Maſcard. *concluſ.* 1365. *num.*4. Farinac. *quæſt.* 62. *a num.* 309. *Etiamſi omnes ſint inhabiles n.* 322. *cum ſeqq.* Y deſde el num. 325. eſte Author diſputa, ſi para eſte ſuplimiento baſtan tres teſtigos, ò ſon meneſter quatro a lo ſumo, que dixera en eſte pleito? en que con tan debiles tachas, y con cōtradiciones imaginadas, remotas, y impertinentes, ſe quiere contraſtar la fee de caſi quarenta teſtigos de viſta, ſin mas de otros 20. de particulares noticias, todos gente de luſtre, y honrada, y a quien aſsiſten las reglas, y preſumpciones juridicas.

211 Deſde el num. 513. inſiſtē en que a los teſtigos inſtrumētales de el poder por ſerlo, no ſe les deva dar fe por la doctrina de Gama deciſ. 98. y aunque conocen, que eſta concluſion es contra principios de derecho; porque antes a los teſtigos inſtrumētales, no ſe les puede oponer defecto por ſer aprobados por la parte: y aſsi ſe eſtà a ſu depoſiciō en fauor del inſtrumento, Farinac. *quæſt.62. a num.* 110. y ſon a los que mas credito ſe deue dar, principalmente, quando deponen ſobre la ſanidad del juizio del teſtador, vt in prima num. 212 (donde tambien referimos los que refutā a Gama) præter quos, idem tenent Corneus *conſ.69. num.* 11. *lib.*11. Tiber. Decian. *reſp.* 51. *lib.* 4. *num.*94. ibi: *Teſtes teſtamentarij in probatione ſanæ mentis prævalent omnibus alijs.* Con todo no ſe rinden los Abogados del ſeñor Marques; porque dizē, que les han arrimado otros achaques a nueſtros teſtigos inſtrumētales (quādo no ſe les puede oponer alguno,) y ſon del genero, que quedan ponderados.

212 En el num. 517. replican que es indigno de aduertir lo que dezimos en nueſtra primera informacion,

cion,

cion,num.213.en difculpa de no eftar ratificados el Licenciado Pedro Martinez,y don Luis del Alcaçar, q̃ el abono fuple la ratificacion; pues no nos contentamos con efto,quando impugnamos la depoficion del P. Ripalda,y no aduierten que les podemos hazer la mifma inftancia: porq̃ abraçando el medio del abono para faluar el dicho del Padre Ripalda, le contradizen en nueftros teftigos. Pero ay gran diferencia del vn cafo al otro:porque los teftigos de la informacion de Toro,aunque dixeron fin citacion de parte,fue porque no auia intereffado a quien citar,y depufierõ ante juez competente, y fin nulidad, y atentado,no afsi el Padre Ripalda, y los demas que fe examinaron por el feñor Marques ante vn Teniente defta villa, juez incompetente,por eftar ya introducido el juizio poffeffeffforio,huyendo del, y de la citaciõ del feñor Duque. Vnde, no pueden fer creidos, aunque eften abonados, y lo que es mas, aunque eftuuieran ratificados en efte pleyto, vt probauimus in prima à num.251. Y fin embargo de fer las circunftancias que diftinguen eftos cafos tan notorias, damos a efcoger al feñor Marques,y fi quifiere que el abono fea baftante, no puede excluir nueftros teftigos abonados tambien, y fi le tiene por infuficiẽte,al feñor Duque le importa poco, que le falten dos teftigos, quando le fobran tantos, y el feñor Marques fe hallarà fin vn teftigo de dos folos de que fe vale.

213 Defde el num. 518. bueluen otra vez a impugnar la depoficion de Bernardino de Benauides, por auer fido el efcriuano ante quien fe otorgò el poder, y trãtar de fu interes. Y en efta parte la conclufion q̃ no tiene contradictor es, que fi eftà prouada fu legalidad (como en efte cafo, fin auer cofa en cõtrario, mem. num.471.) y con fu dicho concurrẽ los de otros teftigos, haze entera fe, vt cum pluribus probauimus in prima,num.215. Y a la aduertencia que hazen,num.521. de que Benauides no pufo la claufula de que el feñor Conde eftaua en fu juizio, fiendo de eftilo, refpondimos in noftra a num. 371. y en el num.383. prouamos, q̃ tiene mas fuerça fu depoficiõ como teftigo, que tuuiera fu affercion en el inftrumento.

214 En el num. 522. para fatisfacer a la calidad de los Medicos, de que el feñor Duque fe vale, quibus vt peritis credendum eft, vt in prima num.217. dizen, que tienen en fu fauor otro Medico mas perito, y defta mayor peritia del Doctor Maroja, no confta fino es por la calificacion de los Abogados contrarios, que en quanto a efto fe refieren a lo que tienen efcrito en fu primer papel, a nu. 131. Pero alli no fe cõtiene refpuefta a las confideraciones, que para excluir la depoficion del Doctor Maroja, aunque fuera cierto fer mas perito (que fe niega) tenemos fundadas en nueftra informacion, a num.281. que es reconocimiento de la fuerça que les han hecho.

215 En el num.523. con los figuientes, oponen algunas variaciones, que dizen ay entre los teftigos, q̃ fe hallaron al acto de dar el Viatico al feñor Conde, como fon que el Cura no depone dixeffe el Credo en Romance, ni en Latin, y no fon varios

 los

los teſtigos,quando el vno dize mas que el otro,Farinac.*quæſt*. 65. *num.* 11.Maſcard.*concluſ*. 1367.*num*. 6. Y que otros declaran,dixo la confeſſion,y elCredo,ſin eſpecificar en que lengua, y que algunos varian en ſi dixo el Credo en Romance,ò en Latin, y en ſi pidio la Extremavncion de ſu motiuo,ò aduertido del Cura, a que dexamos reſpondido ſup.

216 Deſde el num.526.van diſcurriendo por las acciones ponderadas en nueſtro papel,a num. 220. en manifeſtacion del buen juizio con q̃ ſe hallaua el ſeñor Conde el dia en que otorgò el poder, y dizen que de algunas ſe arguye lo contrario; particularmente en lo que depone Bernardino de Benauides,ſobre que llegando a la cama le echò dos vezes los braços,y le dixo fueſſe bienuenido,y notan que eſte fue demaſiado cariño con vn eſcriuano, que ni era ſu amigo,ni ſu igual, y no alcançamos en que conſiſte el exceſſo deſta corteſia,en vnCauallero,como el ſeñor Conde,que tanto procurò manifeſtar ſu afabilidad,mientras viuio en Toro,con vn hombre de bien, y conocido ſuyo,y a quien queria agaſſajar,en ocaſion en que le venia a ſeruir,y obedecer para el acto, que mas deſeaua el ſeñor Conde ſe concluyeſſe a ſu ſatisfacion. Y lo que añadẽ en el num. 529. que otras perſonas que ſe hallaron en aquel tiempo preſentes,no eſpecificã eſtos agaſſajos, es opoſiciõ leuiſsima: porq̃ no todos los teſtigos tienen obligacion de declarar las miſmas circunſtancias, y vnos atienden a vnas,y otros reparan en otras.

217 En el num. 530. proſiguẽ, que lo que refiere el Doctor Medina le paſsò con el ſeñor Conde a coſa de las quatro de la mañana. Don Diego de Llamaçares,dize,q̃ fue como a las cinco,y Hartus de Roy a coſa de las cinco,y Domingo de Miera,deſpues de las ſeis,y doña Geronima de Mẽdoça entre cinco,ò ſeis, y que ſiendo contrarios en la hora,no ſe les puede dar credito,ſiendo cierto, como diximos ſup.num.   que la variaciõ en la hora,quando no es de ſubſtancia,no importa,y con propoſiciones arrojadas deſta manera,ſobre diſcrepancias tan menudas, y en materia tan antigua,hazen la guerra los Abogados del ſeñor Marques. Y en el num.531.inſiſten en otra ponderacion ſemejante a la paſſada, que doña Geronima de Mendoza dize, que quando ſucedio lo que refiere eſtauan alli doña Catalina de Oliuares,y Iſabel Delgado,y que ellas no deponen ſe hallaron preſentes, y ſino dixeron expreſſamente, que no auian eſtado en el miſmo acto en que fueron citadas,no ay variedad, ni contradicion,aunque huuieſſen depueſto,que no ſabian lo que ſe les pregũtaua,a que no lo auian viſto, ni oido, Farinac.*quæſt*.65.*num*. 276. y con eſto ſe reſponde a la objecion del num.ſiguiente.

218 Auiendo propueſto los Abogados del ſeñor Marques ir ponderando entre las acciones del ſeñor Conde,algunas que deſdixeſſen del ſano juizio cõ que ſe hallaua, no hallamos aya hecho otra opoſicion, q̃ la de auer echado los braços a Benauides(de que arguyen no eſtaua muy en ſi)y paſſan en ſilencio todo lo que diſcurrio,y obrò por eſpacio de mas

de

de cinco horas en diuerſas materias, y con diferentes perſonas, que manifieſtan la capacidad que tenia. Y ſolo en el num.535. dizen, que aunque eſtas acciones tuuieſſen la apariencia de ſano juizio, no conuencen ſu conſiſtencia, y realidad, y para prueua citan algunos autores, que afirmã que dezir algunas palabras cuerdas, no excluye el furor; y eſta propoſicion la reconocimos en nueſtro primer papel, *num.240.& ſeq.* Pero con la limitacion que ponen los miſmos Autores, que alli alegamos (de que ſe vale el ſeñor Marques) quãdo por otras acciones, ò palabras del miſmo tiempo, ſe arguye la falta de capacidad. Cæterum, quando lo obrado, y diſcurrido en interualo largo, es vniformemente cuerdo, y ajuſtado (como en eſte caſo) no ay queſtion en q̃ es la mas auentajada prueua que ſe puede conſiderar del ſano juizio, vt probauimus in prima à num. 220. Y a lo que añaden en el num.536. que no ſe han contentado con la prouança de los extremos, ſino que tienen verificadas algunas palabras, y acciones de que ſe induce furor en el ſeñor Conde, tempore actus, ponderadas en ſu primer papel, a num. 109. reſpondemos remitiendonos tambien a nueſtra informacion a num. 313. y en ellas diſcurriremos en ſu lugar, donde ſe reconocerà la flaqueza de las objeciones, y de las replicas.

219 Con eſta facilidad de referirſe a ſu primer papel (donde no ſe halla reſpueſta a nada de lo que ſe funda por el ſeñor Duque) ſalẽ de los mayores aprietos; y ſiẽdo vno dellos los defectos inſanables, nulidades, inverisimilitudes, y contradiciones claras en lo ſuſtãcial, y principal del negocio, que ſe oponen por nueſtra parte a los dos teſtigos del ſeñor Marques, vt in prima a num. 247. vſque ad num. 287. por no gaſtar papel en lo que importa, los que han malogrado tantos numeros, con las friuolas opoſiciones, que hazen a nueſtros teſtigos, las deſeſtiman: y en el nu. 537. ſe contentan con que ſe vea ſu primera informacion, deſde el nu. 109. y lo miſmo ſe pide por nueſtra parte, para que ſe reconozca ſi las han ſatisfecho.

220 Deſde el num.538. ſe procura reſponder a lo que en nueſtro papel *n.209.cum duob.ſeqq.* ſe prueba, y la hazen la propoſicion de otra manera, que alli ſe contiene; porque no dezimos, que ſolo por ſer los teſtigos del ſeñor Duque mas en numero, han de ſer preferidos (que es concluſion vulgar en todas materias, aũque no ſean priuilegiadas, vt maiori numero teſtiũ ſtetur, Farinac. *quæſt. 65. a num.*107) ſino que a ſolos dos teſtigos pro ſanamente, ſe ha de dar mas credito, que a mil, que depongã lo contrario, y que lo que eſtà fuera de toda controuerſia, es que en igualdad de probanças, ſe eſtè a la deſanidad, y a la que es en fauor del inſtrumento; y ſiendo eſtas nueſtras propoſiciones, veamos lo que contra ellas ſe replica.

221 En el num. 539. dizẽ, que todos nueſtros teſtigos dixeron en la informacion de Toro: y eſto no es aſſi, porque otros muchos han depueſto en eſte juizio. Y que aquella ſumaria ſe hizo ſin neceſsidad, y para prendar los teſtigos, a que tenemos da-

dada ſatisfacion in noſtra a nu. 384. añaden en el num. 540. & ſeqq. que no ſe ha de eſtar al mayor numero, ſino a la mayor razon : y que los teſtigos del ſeñor Marques dizen con mas veriſimilitud; y ſon mas conformes a la preſumpcion natural, de que ſe continuaria el furor en el medio, teniendo probados los extremos, a que tambien tenemos latiſsimamente reſpondido en eſte papel, y en el primero. Y en el num. 542. dizen, q̃ eſto es mas ſeguro, juntando las tachas, y contradiciones, que padecen nueſtros teſtigos: y todas eſtas propoſiciones no eſtriuan en mas fundamento, que repetirlas vna, y muchas vezes en caſi todos los numeros de ſu reſpueſta, con gran confiança, como ſino huuiera nada en contrario, y ſin darſe por entẽdidos de nueſtras ſatisfaciones :y lo que aora nos haze novedad, es, que con eſta ſeguridad ſe intente fundar la ventaxa de dos teſtigos tachados, y encontrados entre ſi, y con los demàs, y con tantas inveriſimilitudes, como palabras, cõtra caſi quarenta teſtigos, que deponen ingenuamente lo que vieron, y que tienen en ſu aſsiſtencia todas las preſumpciones de derecho. Y que ſe diga tambien, que ſe ha de eſtar a la mayor razon, como ſi deponer el P. Ripalda, que el ſeñor Conde ſe ſolia reìr, la mañana en que otorgò el poder, y el Doctor Maroja, que dixo. *Yo, Yo*, quando eſtava en Salamanca; y que hechò vn raſgo ſin tinta, fueſſen mejores razones para probar, que eſtaua furioſo, que las que dàn los teſtigos del ſeñor Duque para la ſanidad, deducidas de tantas palabras, acciones, y diſcurſos, ajuſtados al mas entero, y cabal entendimiento.

222 En el num, 543. con algunos ſiguientes, dizen, que la concluſion de que ſe ha de eſtar a los teſtigos de la ſana mente, y no a los de la demencia, no procede quando el delirio eſtà probado con actos eſpeciales, y el juizio con probança generica: y eſto miſmo reconocimos en nueſtra informacion num. 211. pero no ſe aplica la limitacion, antes bien lo contrario; porque con actos eſpecialiſsimos del miſmo tiempo del poder, y del anterior, y poſterior por algunas horas, eſtà con gran numero de teſtigos, verificada la capacidad con que el ſeñor Conde le otorgò, y procediera la excepciõ, y la doctrina de que la probança preſumptiva del furor antecedente, ſe prefiera a la generica contraria, como ſe dize en el num. 545. con Pacian. *de probat. lib. 1. cap. 50. num.* 21. ſi por parte del ſeñor Duque ſolo ſe huviera probado vagamẽte, que el ſeñor Cõde deſpues del phreneſi, auia recobrado ſu entendimiento, ſin eſpecificar los teſtigos en que tiempo, y ſin declarar indiuidualmente los actos externos; por los quales arguyen el juizio con que ſe hallaua, quando otorgò el poder. Y quien no tiene, ni eſpicifica, ni generica probança del delirio en el tiempo del acto, es el ſeñor Marques, y ſolo haze fuerça en la preſumptiua de los extremos, deſvanecida, y interrumpida con tantas conjeturas, y probanças contrarias.

223 En el num. 547. concluyen eſte diſcurſo con la opinion de Rodrigo Suarez alleg. 1. num. 17. y de Cald. *conſ. 24. num. 26.* que dieron a entender, era mas fuerte la pro

ban-

bança del furor, por ser sus efectos mas visibles, que la de la sanidad, cuyos actos son mas ocultos, y caẽ menos debaxo del sentido. Pero esta cõsideracion està impugnada por todo el corriente de los Interpretes, que asientan por cosa indubitable, que la probança del juizio, por ser conforme a la calidad natural, ha de preualecer, y pudiera solo tener lugar (como diximos en el numero antecedente) quando el furor està verificado in specie, y el sano entendimiento in genere. Y es tambien conclusion cierta, que por los actos exteriores, se prueba igualmente el delirio, y el juizio, vt in prima num. 221. & seqq. Y tan notorias, y visibles son las palabras, y acciones ajustadas para venir en conocimiento del buen discurso, como los actos desproporcionados para probar el desconcierto. Y a lo mas a que se puede estender la negatiua, *quem non esse sanæ mentis*; que es a que contenga vna implicita afirmatiua, como dizen *Roderic. Suar. & Cald. d. n.* Y lo prueban Herculan. *de negator. prob. num.* 10. *& seqq. & nu.* 157. Pacian. *de probat. lib.* 1. *cap.* 43. *num.* 1. *&* 6. Farinac. *verb. furor. num.* 289. Felic. *tom.* 3. *alleg.* 24. *nu.* 3. *in fine.* Pero tambien es afirmatiua, *quem esse sanæ mentis*: y por ser natural, ha de ser preferida, como consideran Boer. *decis.* 29. *num.* 93. Mẽchac. *de success. creat. lib.* 2. *tom.* 1. §. 13. *requisit.* 7. *n.* 47. Polidor. Rip. *de actis in articul. mortis cap.* 21. *a n.* 14.

(§.)

RESPVESTA A LAS CONIEturas contrarias.

224 A las congeturas que alega el señor Marques, para persuadir, que el señor Conde Duque no tenia capacidad de testar, quando otorgò el poder, se responde por el señor Duque en su papel desde el num. 313. y primero hasta el num. 326. se asientã algunas reglas generales, que pueden seruir de respuesta, no solo a indicios tan ligeros, como en contrario se ponderan, sino a presumpciones mucho mayores, como es facil reconocer, viendo los casos en que los Autores que las prueuan, escriuieron, en que no se haze argumento de estar furioso el enfermo, por auer hecho vn rasgo sin tinta, ò dicho vna oracion imperfecta, ò mostrado alegria, ò suspendidose quando comia (que son las congeturas vehementes, que en el señor Conde se notan) sino por auer tirado piedras, resistido se a los Medicos, y a las medicinas, hecho acciones inhonestas, y indecẽtes, blasfemado, y arrancadose los cabellos, y otras semejãtes. Y sin embargo no las tienen por concluyentes del total enagenamiento, que se requiere para no poder testar.

225 No se niegan las conclusiones por el señor Marques en su respuesta a num. 548. y solo dize, que no se aplican: porque es vehemente presumpcion de auer estado el señor Conde sin juizio, quando dio el poder, estar prouado que anteriormente estuuo con phrenesi, y despues incapaz con el lethargo; y esto es mas desamparar las otras congeturas de

que se vale, que apoyarlas; pues solo pone la fuerça en la presumpcion de los extremos, a que por tantos medios està respōdido por el señor Duque en su primer papel, y en esta replica. Y con esto cierran el discurso, concluyendo sus Abogados en el num. 556. que se han desembaraçado de las reglas, y doctrinas, que para respuesta general de sus oposiciones, propusimos en el lugar referido.

226 Y passan desde alli a intentar satisfacer lo que contra cada vna de las conjeturas està fundado por nuestra parte a num. 327. y en la de auer empeçado a hazer rasgos el señor Conde con vna pluma sin tinta, confiessan que no tienen mas testigo q̃ al Doctor Maroja: pero que quãdo quiere prouar el furor in genere, se admitē testigos singulares, doctrina que reconocimos in prima, nu. 317. sin responder a la limitacion que alli se prueua, de que no corre quando se alega algun acto especial para comprobar el delirio, caso en que se requieren testigos contestes; y disimulando que el señor Duque tiene verificado lo contrario, no solo por la deposicion de Ana Gomez, mem. num. 365. sino por la de los testigos, num. 327. 335. 342. 354. y otros.

227 Desde el num. 561. responden à Cald. *cons. 24. num.* 19. Rot. *p.* 2 *diuers. decis.* 107. *n.* 20. alegados en nuestra informacion num. 331. y reconocen, que por ser acto del sentido, y no del entendimiento, puede el furioso escriuir, y firmar, que es lo que estas autoridades prueban. Pero que el señor Conde teniendo fuerças para firmar el poder, lo dexò de hazer por el delirio que padecia, y en esta respuesta se oponen, no solo a lo que passò, y està probado de no auer podido firmar por estàr sangrado del braço derecho, y recostado sobre èl, memor. a num. 327. sino que se contradizen a si mismos; pues si confiessan que el phrenesi no priua de estas acciones sensitiuas, como se compadece dezir, q̃ el señor Cōde por estar phrenetico, no pudo firmar el poder.

228 La *decis. de Ses.* 56. *vol.* 1. es en mucho mas apretados terminos; pues si por auer el testador manifestado su voluntad delante de bastante numero de testigos, se dio por valido su testamento, aunque no le pudo firmar; porque al mismo tiempo le sobrevino de repente la violencia del phrenesi, mucho mejor se ha de sostener el poder, que no dexò de firmar el señor Conde por estar furioso, sino por la flaqueza que tenia, y grauedad de la enfermedad, y toda aquella decision es formal para este pleyto, en que se hazian las principales objecciones contra vn segundo testamēto, que oy haze el señor Marques contra el poder, y se declarò en su fauor, aunque se ponian tambien otras mayores dificultades, de quibus agemus infra n. que fueron los motivos que tuuo vno de los Iuezes para ser de contrario sentimiēto.

229 A las palabras: *Yo yo quando estaua en Salamanca*, està satisfecho in prima num. 332. cum seqq. Y no se añade aora cosa que importe en la respuesta del señor Marques, n. 569. & seqq. como tambien a lo que el Doctor Maroja, y el Padre Ripalda dizen de la alegria, q̃ el señor Cōde mostrò la mañana del Miercoles, en que otorgò el poder, respōdimos

que

a num.334. y ſolo los Abogados del ſeñor Marques dizen en el num.572 que Menoch.*lib.6.præſumpt.45.nu.* 43.Et Farinac. *verb. Furor nu.* 251. alegados por nueſtra parte, ſienten por mejor la opinion de los que tuuieron, que el teſtamento del Doctor Pitauino, que ſe mandò enterar con canto, y alegria, ſe ha de tener por de furioſo, ſiendo cierto, que Menochio, y Farinacio ſon de parecer, que tal depoſicion fue cuerda, y valida, como otros referidos en nueſtro papel, quibus modo addimus Alciat.*in l.nemo poteſt de leg.* 1.*num.* 20. Tiraq. *in tract.de nobilit.cap.* 31.*numer.* 469. Mantic.*de coniect.lib.2.tit.5.num.9.* Y no hablan mas en la conjetura, põderada por el ſeñor Marques, de que el ſeñor Conde ſe ſuſpendia, quando comia, de qua in noſtra n.339. cũ ſeqq. deſeſtimãdola cõ razon, como indigna de q̃ della ſe haga algũ aprecio.

230 Deſde el num. 374. pretẽden dar ſatisfacion a lo que ſe pondera en nueſtro papel num.341. vſque ad 370. en excluſion del argumento que hazen de demencia, por no auer el ſeñor Conde fundado mayorazgos en el poder, antes reuocado los que tenia hechos, y olvidadoſe de ſu hijo, inſtituyendo por ſu heredero vniuerſal a la ſeñora Condeſa, que le era eſtraña. Y eſte es el lugar a q̃ nos remitimos ſupra num. para reſponder a lo que de paſſo mezclaron a num.210. vſque ad num. 219. perteneciente a eſte pũto: y aſsi aora reſponderemos a lo que alli dixeron, y a lo que aqui añaden, aunque pudieramos contentarnos con lo diſcurrido en nueſtra informacion, en q̃ las inſtancias cõtrarias eſtàn preuenida, y concluyentemente ſatisfechas.

231 Porque, ò ſe quiere inducir el furor en el ſeñor Conde, por no auer hecho mencion de don Enrique en el poder, ò por auerſe oluidado de ſus parientes, ſin fundar mayorazgo en fauor de la familia, prefiriendo a la ſeñora Condeſa. Y ſi de lo primero ya eſtà reſpondido in prima num.367. q̃ aunque el Marques de Mayrena fuera hijo legitimo, no ſe conuenciera neceſſariamente, que por auerle preterido el ſeñor Conde, auia eſtado fuera de juizio: porque antes bien reconoce el Derecho, que el teſtamento en tal caſo es valido, y por eſſo ſe introduxo el remedio de la querella inofficioſi teſtamenti, para irritarle con pretexto, y color de locura, por auer faltado el padre al oficio, y piedad que deue a ſus hijos; pero no le tiene verdaderamente por furioſo. Y ſon coſas encontradas, dezir que el teſtamento es nulo, como hecho por furioſo, ò pedir que ſe anule, por eſtar en el oluidado, ò injuſtamente exheredado algun hijo, vt præter ibi tradita conſiderat Tiber. Decian. *reſponſ.* 51. *lib.* 4. *num.* 67. ibi: *Qui querellam intentat præſuponit teſtamentum validum, reſpectu teſtantis, ſed inofficioſum reſpectu pietatis, & officij erga filios, & iſta duo agere contra teſtamentum tan quam factum ademente, & ſucceſsiuè nullum, & agere contra teſtamentum tan quã in officioſum, ſunt contraria, & incompatibilia.* De que ſe ſigue, que ſi el hijo preterido no ſe quexa, el teſtamẽto ſe ſoſtiene, *l. filio præterito, de iniuſt.rupt.* y que callando el, no puede otro alguno con el miſmo pretexto, y color impugnarle, vt in prima, nu. 133. que ſon todas reglas de dere-

cho,que excluyen la prueua del ſucho, que excluyen la prueua del ſurror por eſte medio (aun en caſo tanto mas apretado) y la pretenſion del ſeñor Marques, valiendoſe del derecho de que ſolo podia vſar el Marques de Mayrena, ſiendo legitimo.

232 Y eſto procede mas indubitablemente, ſiendo hijo ſpurio, y aunque ſea legitimado, y no diſpenſado, y le conſideren los Abogados del ſeñor Marques, como quiſieren, en eſtos Reynos es fuera de controuerſia, q̃ el legitimado no tiene derecho de ſuidad, ni de legitima, para ſuceder contra la voluntad del padre, diximus in prima num. 150. Y aſsi aùn el miſmo don Enrique no pudiera intentar el colór de que el poder ſe anulaſſe, por auer el ſeñor Cõde faltado, al oficio de padre.

233 Si ſe mira a la ſegunda parte de no auer inſtituido a ſus deudos, ni fundado mayorazgo en ſu fauor, ſino nombrado a la ſeñora Condeſa por ſu heredera vniuerſal, carece mas la materia de duda: porq̃ ſe ſiguiera que nadie podia libremente diſponer de ſus bienes entre los eſtraños, conforme a la facultad que el derecho le concede, ſi por no acordarſe de ſus parientes, y de los que le auian de heredar abinteſtato, fueſſe tenido por loco, como conſidera en eſtos terminos Menochio *conſ.683.num.19*.ibi: *Quod ſi aliter diceremus, nulla omnium bonorum donatio conſiſteret, quod omnino falſum, & legibus repugnans eſt*, y Burat. *deciſ.256.num.24*. ibi: *Cum per eam* (habla deſta miſma preſumpcion) *coarctari videatur libera ſuarum rerum diſpoſitio hominibus, quos aliquando mentis alienatione teneri contigiſſet, etiam ſi tunc ſani eſſent*.

234 Es verdad que muchos Autores ponderã por congetura de demencia, auer preferido el teſtador vn eſtraño a los ſuyos; pero (como deſpues veremos) ninguno haze fundamento en ella por ſi ſola, y la juntan con otras preſumpciones grauiſſimas, y prouanças de furor: porque como dize *Burat.* vbi proxime, *num.23*. *hæc eſt quædam coniectura, & quidem leuis*, y ſi no ſe corrobora por medios mas fuertes, cae de ſuyo, *& tollitur ex pluribus alijs, & vrgentioribus coniecturis*, vt ipſe addit. num. 25. y las que tiene en ſu fauor el ſeñor Duque, y ſus priuilegios en concurſo de otras, fundamos in noſtra à num. 432.

235 Y reputando el derecho a la ſeñora Condeſa, por perſona coniuncta, con vinculo tan eſtrecho, como ſer muger del ſeñor Conde, no ſe ajuſta bien, que la llamen eſtraña a cada paſſo los Abogados del ſeñor Marques, ni que la apliquen las doctrinas que proceden en los que lo ſon totalmente. Y antes los autores que ſe valen deſta congetura, de auer excluido los propinquos, para argumento de demencia, dizen, que no tiene lugar, ſi inſtituyò, ò hizo donacion al Coniuncto, por la juſta cauſa que en tal caſo cõcurre, Corn. *conſ.69.lib.1.num.11. & conſ.210. eod. lib.* Tiber. Decian. *reſponſ.51. lib.4. num.93*. Menoch. *lib.6. præſumpt.45.num.57*.ibi: *Ita e contra donans etiam omnia iuſtis de cauſis, prudens, & ſanæ mentis præſumitur, præſertim ſi donauit coniunctæ perſonæ, & conſ.683.num.19*.ibi: *Sic, & multo magis quando donauit coniunctæ perſonæ iuſtis de cauſis*, & probauimus late in prima *num.369. & ſeq.*

Y

236 Y para desestimar esta cõgetura,aun no se requiere tanta causa,ni tanta proximidad con el instituido,y bastara ser amigo, y benemerito del testador,para que no se le atribuyesse a locura el oluido de sus mas cercanos pariẽtes, aunque fuessen hermanos, porque la amistad es mas fuerte vinculo,que el del parentesco,como en estos terminos considerò Decian.*dict. respons.* 51. *num.* 58.Menoch. *dict. cons.* 683. *a num.* 20.*& d.lib.6.præsumpt.*45.*num.*57. Burat.*d.decis.*256.*num.* 27. & diximus in prima *d.num.*370.

237 Con esto se responde a todos los Autores que en contrario se alegan,porque la congetura de oluidar los hijos,ò los parientes, no la tienen por eficaz para inducir el furor, no concurriendo otras,y auiendo razon de amistad,ò propinquidad, que la excluye,y discurriremos por cada vno de porsi(aunque sin necessidad) porque se desengañen los Abogados del señor Marques, en lo que dizen nu.211.que no es possible ayamos visto los que citamos num. 99. de nuestra informacion, objecion que se suele hazer,quando los lugares no son aproposito,ò prueuan lo contrario;pero quando todos son ciertos,y siruen a la cõclusion para que se traẽ (como no se niega en contrario) no alcançamos a que viene la censura.

238 En el nu.213. citan a Rodrig.Suar.*alleg.* 1.*num.* 10.y le respõdio en vna palabra Menoch. *dict.cõs.* 683.*num.* 19.y à Alexand.*cons.*141. *num.*8.*lib.* 1.que tambien se alega en contrario,num.217.con que hablan quando sin causa se halla instituido vn estraño,y oluidados los hijos, y ascendientes. Y para que se vea la grã diferencia de aquel caso al nuestro,y no se valgan mas desta autoridad los Abogados del señor Marques, desde el num.3.assienta Rodrig. Suar. que por diferentes palabras, y acciones desordenadas, se manifestò el delirio en la testadora, de quien habla,en el mismo tiempo del testamento, y en otras nota, q̃ solia llamar a su marido, y que no le conocia quando venia, y le tenia por otro, y que antes, y despues, proxima, y remotamente, siempre estuuo con phrenesi. Y en el num. 18.que mezclaua con acciones, que parecian cuerdas, juntamente algunas desconcertadas,sin medida, ni juizio. Y a num.23. que el testamento fue hecho ad interrogationem, sin dezir la testadora mas palabra para el otorgamiento, que *Si*. Y esto despues de muchas sugestiones,y extorsiones, y concurriendo otras varias sospechas de falsedad. Y num.32. que instituyò a su marido,en cuyo poder se hallaua, sin poder vsar de su libertad. Y num. 35. q̃ el testamento se escriuio sin su noticia. Y en el num. 39. que le faltò la solemnidad de publicarse, cotejẽse estos achaques con los que el señor Marques ha prouado en este pleyto, y se conocerà si Rodrigo Suar. es en su fauor.

239 Num.214.alegan a Cald. Pereir.*cons.*24.*num.*6. que habla en vn testador conocidamente furioso, de quien estauan probados actos notables de demencia, vt a num.3. y a estos le arrima en el num.6.auer instituido a vn estraño, con quien no professaua amistad, sin acordarse de vna hermana pobre que tenia con

 mu-

muchos hijos, y pondera para conocimiento del delirio cõ que se hallaua al tiempo del testamento, que preguntandole, si tenia algunos parientes, respondiò: *Que no tenia parienta, ni pariente, y q̃ ninguno era su pariente*, y añade: *Et alia sine iudicio proferebat cum reuera haberet*, y desde el num. 8. prueba auer sido aquella disposicion hecha ad interrogationem, y en quiẽ cõcurrieron muchas sospechas de falsedad para su nulidad.

240 Y Baldo *in l. furiosum, C. de testam. num.* 2. citado en contrario, *n.* 215. *& seq.* solo asienta la conclusiõ que el testamento hecho con cordura, se presume hecho en el intervalo de qua in prima num. 107. Y añade, que se tendrà por cuerdo en el que huuiere *institutio filiorum, legata pro anima, & huismodi*, pero que si en el, *permixta sunt ea, quæ sapiunt furorem, & quæ non sapiunt, nihil valet, vt quia non fuit in toto actu absq; furore*, que es para loque le alegamos ibidem num. 104. y deste lugar no se puede inducir cosa que no sea fauorable al señor Duque, por la cordura vniforme que tenemos põderada del poder a n. 102. & a n. 343.

241 En el num. 217. citan a Menoch. *lib.* 4. *præsumpt.* 45. *num.* 57. porque trae a Alex. *cons.* 141. *lib.* 1. *n.* 8. sin aduertir, que el mismo limita la opinion de *Alex.* en auiendo causa para la institucion del estraño, cuyas palabras trasladamos sup. nu.

En el num. 218. alegan a D. Iuã del Castillo *tom.* 4. *contr. cap.* 28. *nu.* 54. donde refiere los motiuos de vna determinacion de la Audiencia de Seuilla, para la qual concurriò estar probado el furor del mismo tiempo del testamento con muchos testigos que deponian de varios actos del delirio: y auiendo discurrido por todos los que suelen considerar los interpretes, por argumento de la enagenacion del juizio añade: *Et hæc quidem omnia maiori ex parte, vsque ad eo in casu præsenti concurrebant, vt fere prædictorum signorum, nullum defuerit, vt ex ipsis testibus dilucide constat.* Y estaua tambien verificado el furor antecedente de tiempo muy continuado y no accidental de calentura, y no auia mas de dos testigos q̃ deponiã vaga, y genericamente de la sanidad, auiẽdo muchos q̃ cõ especialidad deziã lo cõtrario; Y vltimamẽte quãdo llega a hablar de la cõgetura, de auerse olbidado de vna hermana, instituyendo al marido, pondera *maritum hæredem vniursalem instituit, maxime de se potius male, quam bene meritum.*

242 El *cons.* 149. de Apont. *vol.* 2. que vsan en el num. 219. no sabemos a que proposito; porque habla en el Principe de Bisigniano, prodigo conocido; y que como tal auia tenido, hasta que murio curador, y solo defiende ser intestable por esta causa: y en el num. 11. pondera, que hasta en el mismo acto del testamento se conociò su prodigalidad, y poco sesso; pues no nombrò heredero, ni estraño, ni propinquo, y dispuso de 150U. ducados, estando empeñadissima su casa, en legados, que hizo a sus criados, en cuyo poder se hallaua, sin acordarse de ningun pariente.

243 En el numer. 583. & seqq. alegan por indiuidual para el proprio intento la *decis.* de Afflict. 143. num. 4. pero no les favorece en ningũ modo,

do; porque lo que alli se disputò prin cipalmente fue la nulidad de vn testamento cerrado, por auer faltado en èl las solemnidades necessarias por derecho, no auiendo firmado el testador, y no se auiendo signado el testamento en su presencia, y otras que alli se refieren: y por esta causa se declarò el testamento por nulo, y no por falta de juizio en el testador, como se conoce manifiestamente, de que en el num. 6. disputa, si ya que el testamẽto era nullo, por no ser solẽne inscriptis, se podia sustentar como nũcupatiuo, y resuelve q̃ no, por auer querido el testador que fuesse cerrado. Vnde la conjetura que pone en el num. 4. de demencia, por auer instituido a su muger, teniendo hermanos, se desestimò, y della no se hizo caso, ni aun para controuertirla, sin embargo que concurria tambien auer testigos que deponian, no auia estado en su sesso quando testò; y solo dize, que algunos por esta razon, y por ser el testamento indiscreto, y con tener algunas palabras poco conformes a hombre de juizio, se adelantaron a querer que el testamento se tuuiesse por nulo, ibi: *Et certa verba indiscreta continentur in dicto testamẽto, ex quibus multi præsumpserunt, dicere, quod dictus testator, tunc non fuit in recto sensu.*

244 La *decis.* de Sesse 56. *vol.* 1. *num.* 19. que alegan en vltimo lugar, para la misma conclusion num. 585. es toda en fauor del señor Duque, como diximos supr. n. Porque sin embargo, que en ella se hizieron muchas oposiciones contra vn segundo testamento, se declarò por valido; y entre otras se dezia estaua probado el furor anterior; y que era indiscreta la disposicion, por no auer hecho legados en fauor de su alma, y auerse oluidado el testador de sus hijos; y que tenia hecho otro testamento solemne; y que poco antes que otorgasse el postrero, auia declarado no queria testar, quexandose de su hermano, a quien luego dexò por su heredero en èl, y que fue hecho ad interrogationem; y que no le pudo firmar, por auerle sobreuenido en aquel mismo acto el phrenesi. Y sin embargo deste concurso de defectos tan grandes, preualeciò la presumpcion por la sanamente, y por el instrumento.

245 De que se infiere el poco fundamento que se deue hazer de cõjetura tan leue, y que por tantos medios està desvanecida, hasta con los mismos Autores alegados por la otra parte, y no necessitauamos de otra respuesta, que la que ponderamos in prima num. 136. & a num. 347. de auerse de tener por testamento del señor Conde, el que la señora Condesa otorgò en su nombre, y como su comissaria, donde ay todo lo que el señor Marques hecha menos, fundacion de mayorazgo, memoria de su hijo, y de los demas de su familia: y aunque en contrario a num. 575. se hazen contra este argumento algunas instancias (omitiendo todos los otros que dexamos fundados) todavia queda cierta la proposicion.

246 Porque si bien confessamos que el comissario no puede hazer substituciones, y mejoras, no teniendo poder especial para ello, ex *l.* 31. *Tauri*: y que solo en lo que executare, conforme al poder, y voluntad del testador, serà tenido por suyo

el teſtamento, que otorgare el Comiſſario en ſu nombre. Con todo para que la diſpoſicion de la ſeñora Condeſa, y las fundaciones que hizo por el titulo de Comiſſaria, ſe tengan por del ſeñor Conde, concurren dos circunſtancias notables.

247 La primera, ſer el miſmo Comiſſario el heredero (caſo en que no habla la ley de Toro, ni alguno de los que la interpretan) en el qual es cierto, que el Comiſſario, y juntamente heredero, podrà ſin poder eſpecial, hazer en nombre del teſtador las ſubſtituciones, que quiſiere: La razon es, porque el requerir la ley poder eſpecial, fue como ſe manifieſta de la prefacion, y de la cauſa final, por euitar los fraudes, y daños, que de lo contrario ſe ſiguirian, ibi: *Porque muchas vezes acaeſce, que algunos porque no pueden, ò porque no quieren hazer ſus teſtamentos, dan poder a otros, que los hagan por ellos; y los tales Comiſſarios hazẽ muchos fraudes, y engaños con los tales poderes, eſtendiendoſe a mas de la voluntad de aquellos, que ſe los dan, por ende por evitar los daños, &c.* Y aſsi no pudiendoſe conſiderar fraude, ni daño, quando en vna perſona concurren los dos titulos de heredero, y Comiſſario, ceſſa el fin de la ley, y qualquiera diſpoſicion que hiziere, ſe ha de tener por conforme a la voluntad del teſtador, y por ſuya, ſolo con que el heredero, que es el intereſſado, lo declare aſsi, vt in ſimili caſu conſiderat Caſtill. hablando de la miſma ley de Toro, *tom.2.contr.cap.6.num.60.*

248 Y no es buena replica, que deſta manera huuiera quedado en la voluntad de la ſeñora Condeſa, hazer eſta diſpoſicion, ò no hazerla; y que por eſto no ſe ha de juzgar por del ſeñor Conde, ſino por ſuya propria: Porque como quiera que por derecho comun ay duda en ſi ſe puede cometer la ſubſtancia de las ſubſtituciones, y mejoras en la voluntad libre de vn tercero, por derecho del Reyno, y determinacion de la miſma ley 31. de Toro, es opinion recibida, que ſi: y que no ſolo en el caſo de cometerſe la execucion al Comiſſario, ſino en el de dexarle abſolutamente poder, para q̃ haga las mejoras, ſi quiſiere (que es encargarle la ſuſtancia del acto) las podrà hazer, ò no hazer: y ſin embargo deſta libertad, ſi las hiziere ſiempre ſe han de atribuìr al teſtador, y no a èl, Matienç. *in l.5.tit.4. lib.5.gloſſ.3.* Ioan. Gutier. *lib.2.pract. quæſt.42.* Carp. *de execut. lib. 2. cap. 17.* Caſtill. *d.tom.2. cap. 6. num. 58. cum ſequent. præcipuè num. 62. verſ. Tertius.* Y todos refutã à Tello Fern. *in l.31. Tauri nu. 2.* Que dixo no ſe podia dexar el poder en eſta forma. Con q̃ aunque ſe conſidere eſta miſma libertad en la ſeñora Cõdeſa, por ſer juntamente Comiſſaria, y heredera, no por eſſo dexarà de ſer diſpoſicion del ſeñor Conde la que huuiere hecho en ſu nombre.

249 La ſegunda circunſtancia, es, que el ſeñor Conde en el poder, dize que ſe le dà a la ſeñora Condeſa, *ſu amada, y querida muger, con quien ha comunicado en diferentes ocaſiones las coſas de ſu conciencia, para que por èl, y en ſu nombre pueda hazer, y ordenar ſu teſtamento, vltima, y poſtrimera voluntad, como quiſiere, y por bien tuviere, &c.* En cuyo caſo entra llanamente la diſpoſicion de la *l. Theopõ-*

pus

pus de dote præleg. ibi: *Sciens mentem meam.* Y se ha de estar a qualquiera declaracion, y disposicion, que la señora Condesa dixere haze en nõbre del señor Cõde, y cõforme a su volũtad, como si èl mismo la huuiera executado, vt probavimus latè in prima *num.* 351. *& seq.* Y en los mismos terminos en que nos hallamos, que pueda el Comissario hazer substituciones, y mejoras, sin mas poder, q̃ auer dicho el testador, que haga lo que le tiene comunicado, es doctrina singular de Pal. Rub. *in d. l.* 31. *Tauri n.* 85. ibi: *Vnum tamen est, quod si cõmittens dixit hoc modo, do tibi facultatẽ, vt facias pro me testamentum, sicut locutus sum tecũ, tunc poterit meliorare, argum. l. quem hæredi, de reb. dub. l. Theopompus de dote præleg.* Y cita a Bart. y Paul. de Castr. *in l. si ita scripsero, de condit. & demonstrat.*

250 Y aunque es tan seguro todo lo referido, quando fuera cierto el presupuesto, que hazẽ los Abogados del señor Marques, y el testamento, que otorgò como Comissaria la señora Condesa, no se huuiesse de tener por del señor Conde, todavia estaua la materia fuera de toda controuersia; porque para librarle de qualquiera sospecha de demencia, que induzgan, de no auer dispuesto en el poder atentamente, por el olvido de su hijo, y de sus parientes, nos basta la confiança justa, que el señor Conde hizo de su muger, de que executaria lo que tenian comunicado, en orden a las fundaciones, y llamamientos, que sabia eran conformes a su volũtad, fuesse la disposicion de la misma señora Condesa, ò fuesse suya; pues igualmente en vn caso, y otro, auia atendido a la conseruacion de su casa, y no se engañò en este concepto; pues la señora Condesa con tanta pũtualidad obseruò su voluntad: y assi no fue olvido, sino misterio el remitirlo todo a su disposicion.

251 Cessa con esto quãto se replica en contrario, y la ponderacion de la ley 31. de Toro con Tello Fernand. que habla sin las circunstancias referidas: y no es cierto, que la señora Condesa nombrasse a Don Enrique por heredero en el testamento de Comissaria, como se assienta, nu. 578 Porque solo en èl fundò mayorazgo de los bienes del señor Conde, llamando en primer lugar a la sucession al Marques de Mayrena, y su linea; y esto fue hazer sustituciones, y no institucion de heredero, y el auer la señora Condesa dicho, que lo que para el valor de aquel testamento le faltasse al derecho de Comissaria, lo supliesse el de heredera, no quitò alguna fuerça al testamento, antes biẽ le añadiò la q̃ resulta de concurrir en vna misma persona entrambos titulos, vt diximus supr. num.

252 La doctrina de q̃ lo que obra el comissario, no se le atribuye, sino al que le dexò el poder, es corriente en derecho, y està prouada con gran numero de autores in prima, num. 348. y dellas se escoge por los Abogados del señor Marques, en el *num.* 581. *cum seq.* de su respuesta a Ped. Surd. *cons.* 29, *num.* 18. alegado por nuestra parte, *num.* 3. *&* 4. Y no dize lo contrario este Autor, ni quando lo dixera pudiera hazer regla, y solo respõde en el caso en que habla, *dict. num.* 18. que no se considera la comission del padre, quando dexò en

la libre voluntad de su muger, el que diesse, ò no diesse a los hijos alguna porcion de su hazienda, y esto no se ajusta desta manera con la señora Condesa, que sin mas vinculo que el de la confiança, executara siempre la voluntad del señor Conde, que fue fija, y no alterable, ni dexada a su arbitrio libre, y se ha de mirar tambien esta respuesta de Pedro Surdo como de Abogado, que procura hallar salida en lo que no la tiene con distinciones imaginadas, y siempre es cierto por derecho del Reyno, y disposicion de la *ley* 31. de Toro, que se pueden cometer las mejoras a la libre voluntad de vn tercero, y que executadas, se juzgan como si fueran hechas por el testador, vt probauimus sup. num.

253 Desde el num. 586. viendo la fuerça que les haze la declaracion de la señora Condesa, echan mano de muchas respuestas, sin prouar ninguna, y dizen, que para que obrara algun efecto era menester que el poder fuera cierto, y esto no lo dudamos, y que la declaracion huuiera sido jurada, y verisimil; pero que faltādo vno, y otro, se ha de desestimar, y auiendose escrito dilatadamente en este punto por nuestra parte à num. 353. vsque ad num. 365. se contentan con alegarlo con esta desnudez, y amedrentados de los grandes fundamentos que alli ponderamos en respuesta desta oposicion, los passan en silencio, y añaden tambien q̄ contra esta declaracion està la que hizo la señora Condesa en el codicilo de que hablamos in prima a num. 397. y bolueremos a discurrir en su lugar. Y con esto concluyen el discurso en esta parte.

254 Desde el num. 590. de su respuesta el señor Marques quiere dar alguna salida a las satisfaciones que en la informacion del señor Duque a num. 371. estan plenamente dadas en la congetura de auer Bernardino de Benauides ante quien se otorgò el poder omitido la clausula de que el señor Conde estaua en su juizio, y aunque alli se ponderan varios medios, con los quales se excluye notoriamente esta oposicion, los Abogados del señor Marques no haziendo mencion de los que mas les aprietan, hablan en algunos como de passo, por no descubrir la poca, ò ninguna fuerça desta presumpcion.

255 Dizen en el num. 591. que a no estar prouado por el señor Marques, que el señor Conde estaua falto de juizio, quando dio el poder, no hizieran empeño en ponderar la falta de la assercion del escriuano, siendo assi, que si tiene verificada la incapacidad en el tiempo de aquel acto, no necessita desta, ò de otra congetura, y que por reconocer la flaqueza de su prouança, echa mano de tā leues, y remotos indicios.

256 Añaden, que el escriuano omitio dar esta fe, por no incurrir en el delito de afirmar, que el señor Cōde estaua con entero juizio, quando conocia lo contrario, y el delito no estaua en la assercion, como insinuā en el num. 592. sino en autoriçar testamento de hombre furioso, y pues Bernardino de Benauides no hizo reparo en lo principal, que era el otorgamiento, cierto es que no repararia en lo que era consequente, de estilo, y ordinario en los testamentos. Y auiendo depuesto como testigo, califi

ficando el sano entendimiento que tuuo entonces el señor Cōde, se desvanece este escrupulo, y su deposicion es de gran fuerça, considerando las circunstancias deste caso, vt in prima *num.* 215. *& seq.* Y de mas credito por el vinculo del juramento, que fuera su asserçion, vt ibidem num. 383.

257 Responden en el num. 600. que sin necessidad nos valemos deste discurso, y que es contra lo que dize Surd. *consl.* 89. *num.* 44. *&* 45. Y *Surdo* en este lugar, solo afirma, que no se cree al escriuano, quando en el instrumento da fe que el contrayente està en su juizio; *quia agitur de eius vituperio, & honore*, que es la cōclusion para que en el papel del señor Duque està alegado num. 377. pero no disputa el punto de qual es mayor delito en el escriuano, deponer falsamente en el testamento, ò quando es examinado como testigo.

258 En el *num.* 604. *cum sequent.* procuran responder a los autores, que para prueua desta ponderacion traemos *dict. num.* 383. y dizen que *Farin.* no es de tal opinion; siendo cierto que propone la duda en los mismos terminos; y que en quanto a su resolucion, se remite à *Bosio*, que fue seguirle, como lo reconocio Virgil. *de legitimat. person. cap.* 7. *num.* 13. donde despues de auer referido la sentencia de *Bosio*, scribit *Bosium sequitur Farinac. de falsitat. & simulat. quaest.* 154. *part.* 6. *a num.* 112.

259 Y quando *Farinac.* no lo dixera, lo prueuan otros Autores alegados en el mismo numero por nuestra parte, y todos siguen à Bosio *tit. de falsis num.* 101. vbi concludit: *quod tabellio excusatur, vbi est furor latens; sed vbi est patens tenetur de crimine stellionatus.* Y assi en ninguno de los dos casos tenetur de falso, que es la proposicion de que nos valemos, y aun no quieren los Abogados del señor Marques escusar a Benauides cō el pretexto de que se pudo engañar, pensando que el señor Conde estaua con entendimiento bastante: porque dizen que claramente le constaua lo contrario; quando todo lo que pretenden persuadir en este pleyto (no pudiendo euitar la certeza de la mejoria que tuuo aquella mañana) es q̃ la quietud que mostraua era fingida; y que todavia estaua encubierto, y dissimulado el phrenesi; y esto era bastante para excluir delito en el escriuano, como dize *Bosio*, & Sesse *deci s.* 56. *vol.* I. *num.* 23. ibi: *Est tamen verum quod notarius hic non incurreret aliquam pœnam; quia ignorauit furorem praecedentem, & potuit credere testatorem confessum peccata sua in Sacramento pœnitentiae religioso, qui ibi adderat, maxime cum nō viderit in eo actu manifesta inditia furoris, nec habuerit notitiam primi testamenti, & sic non esset in culpa.*

260 Menoch. *lib.* 4. *praesumpt.* 8. *num.* 41. a quien desde el nu. 594. quieren dar diferente sentido, diuidiendole en partes, prueua lo mismo para que se alega en el num. 381. de la informacion del señor Duque, y refuta a *Corneo* por auer dicho, que el Notario se hazia sospechoso, omitiēdo algunas solēnidades: porq̃ antes desto se arguye lo contrario: pues a serlo añadiera vinculos, y solemnida-

dades,y no las oluidara, y esto que es tan claro, y tan breue, se comparte por los Abogados del señor Marques,en primeras,segundas, y terceras palabras deste Autor, de modo q̃ parece procuran ofuscarlas,y que no se entienda su opinion.

261 Añadimos a todo lo dicho en este,y en el primer papel, que en los mismos terminos desta opinion, es doctrina de Padilla *in l.sanum mēte,C.de transact. num. 10.* que no es congetura de demencia, auer dexado de poner el escriuano la clausula ordinaria; sino que sin embargo se presume la sana mente,ibi: *Sed quid si huiusmodi clausula*(mente sanum, licet ægrum corpore)*omissa sit à tabellione,& in dubio præsumptio est, testatorem sanam mentem habuisse.*

262 Desde el num.607. discurren en la sospecha que pretenden resulta de auerse la señora Condesa preuenido con hazer la informacion sumaria en Toro, luego que el señor Conde murio,sobre que auia estado en su entero juizio, quando otorgò el poder, y a esto dimos satisfacion enteramente en nuestro primer papel a num.384.con que pudieramos escusar el insistir de nueuo;pero pues los Abogados del señor Marques, viendo la poca substancia de la oposicion,toda via la sustentan de nueuo,es preciso reconocer sus replicas.

263 En el num.608.dizen,que no es necessario mas que vèr el *cons. 98.de Socin.num.15.volum.3.*cuyas palabras trasladan, aunque tambien lo auian hecho en su primera alegacion num.157.por ser tan concluyē tes, para el poco, ò ningun credito, que se deue dar a la informacion; y que es fundamento fondo, que no se halla le ayamos dado satisfacion. Y si solo hechan menos la respuesta a este lugar, saldremos de la obligacion con facilidad, notando las mismas palabras de Socino, q̃ manifiestan la diferencia deste caso, al en que escriuiò.Lo primero dize, que el heredero scripto en cierto testamento, hizo examinar algunos testigos en su fauor,*clanculum*, circunstancia que arguye fraude,Farin. *de falsit. quæst. 62.num. 205.* Lo qual no fue assi en la summaria de Toro,que se hizo publicamēte ante la justicia Ordinaria, y sabiendolo todo el lugar, con que se excluye qualquier sospecha, idem Farinac.num.206. vbi proximè. Lo segundo,que la informaciō en aquel pleito se hizo *inscio Ioanne de cuius præiudicio agebatur*,y la señora Condesa no tenia a quien citar. Lo tercero,que fue *extra iudicium ab examinatore per eū posito.* Y la de Toro fue judicial,no extrajudicial, hecha ante vn particular sin jurisdicion.Lo quarto, que los testigos despues ante el Iuez,no hizieron mas que referirse a sus dichos, *ad quæ dicta posteà coram Iudice se refferunt*;lo qual no es bastāte, siendo la primera deposicion extrajudicial, Farinac.*quæst. 66.n.48.* Lo quinto q̃ añade: *Est enim ista cautela insolita ab his qui habent pro se publicum instrumentum, si illud non impugnaretur*, y como probamos in prima *num. 386. & seqq.* Lo mismo es que se tema,se puede impugnar en algun tiempo con este, ò aquel pretexto; y el auer estado el señor Conde no siempre en la enfermedad, de que muriò, con su entero juizio, fue justa causa de recelarse la señora Cō de-

desa, y preuenirse, quando estauan tã frescas las noticias en los testigos, q̃ no podian equiuocarse: y asi cessa la congetura de fraude, vt cum Mantic. Farinac. & alijs probavimus dict. nu. 387. Y con esta razon, y con que Socino no habla en informacion hecha ad perpetuam, y las demàs diferencias, que hemos notado, pudierã darse por entendidos los Abogados del señor Marques, de q̃ le auiamos respondido, aunque no le hallassen citado en nuestro papel; porque no pudimos adiuinar, que se auian de valer de authoridad, que no es en su fauor, ni procede en este pleito.

264 En el num. 609. & seq. dizen, que no es repuesta, que esta informacion se hizo ad perpetuam rei memoriam; porque en el pedimiento, memor. num. 319. la señora Condesa no dà esta causa. Y basta que pareciesse ante la justicia en el mejor modo que huviesse lugar de derecho, y pidiesse, que para que cõstasse lo que auia passado, se recibiesse informacion de todo, que en sustancia es lo mismo. Y que tampoco dixo, que los testigos se podian ir, ò morirse, y faltarle la prueba: y nada desto se requiere, siendo reo, y no actor el que haze la informacion, vt in prima n. 386. Añadẽ en el n. 611. q̃ siẽdo possecdora pacifica la señora Condesa, sin que nadie la mouiesse pleito, no pudo vsar desta cautela, ex Farinac. *q. 77. num.* 71. Pero lo contrario auia dexado assentado en el num. 64. & seqq. quando ay sospecha, ò temor de pleito futuro, y procederà la limitacion, no le auiendo probable.

265 En el num. 613. cum sequentib. dizen, que no pudo recelarse la señora Condesa del pleito, con la junta que luego, que se supo la indisposicion del señor Conde, se hizo en esta Corte de orden del señor D. Luis de Haro: y para ajustar esta imposibilidad, consideran, que el auiso partiò de Toro tres, ò quatro dias despues de la enfermedad, y nosotros dezimos, que fue al principio della, como es mas verisimil: y que dizen asimismo, que el que le traìa, passò por esta Corte a Zaragoça, donde se hallaua a la saçon su Magestad, sin dar quenta de lo que contenian las cartas; y siẽdo cosa sobre que no caìa el secreto, el mismo correo, sin preguntarselo, diria a lo que le auian despachado: y asi es cierto, que la junta de Abogados se formò, y bastòle a la señora Condesa tener esta noticia, para temer el pleyto, y assegurar la parte de la capacidad del señor Conde quando testò con los testigos que lo sabian, que era por donde podia flaquear su derecho, ocultandose, ù olvidandose esta verdad.

266 Con esto passan a otra cosa, y no insisten mas en lo que auian querido probar, de que la señora Cõdesa procurò recoger esta informacion, con dadiuas, y presentes q̃ hizo a Bernardino de Benauides, sobre lo qual discurrimos in prima a nu. 390. vsque ad 396. Y con justa causa se desisten, conociendo el poco fundamẽto desta alegacion, y quan libre de toda sospecha se halla el Escriivano.

267 Desde el num. 617. intentan los Abogados del señor Marques la respuesta de lo que por nuestra parte se ponderò latamente in prima à num. 397. excluyendo la congetura que de la clausula del codicilo de la

señoraCondesa,mem.num. 144. se pretende inducir, en descredito del poder,y en apoyo del testamēto del año de 42. Y entran diziendo, que esta no es congetura,sino euidencia, y en sus replicas se descubre,que aun no la dexā en terminos de presumpcion remota,indicio,ò escrupulo leue,y para que se reconozca ser esto assi,de seis medios,que en nuestro papel se discurren con ponderaciones concluyentes,naturales, y ajustadas al sentimiento,que quiso manifestar la señora Condesa en esta declaraciō (muy diferente del que la atribuyē) passan absolutamente por los tres sin hablar palabra en ellos,que son el primero,*num.399.& seq.* el segundo,*num.401.*y el quarto, *num. 403. cum duob.seq.* y en los tres restantes disimulan lo que mas les aprieta, y solo refieren algunas razones de las nuestras troncadas, y desencajadas de su lugar, y aun en lo que juzgan por mas facil de satisfacer, respondē con el desmayo que despues veremos,y assi nos persuadimos,que sienten interiormente lo contrario de lo que con tanta confiança asseguran,y que se contentaran quedara con alguna probabilidad, lo que llaman euidente.

268 Y por la seguridad que tenemos,que los señores jueces veran todo el contexto de nuestros argumentos,no los resumimos de nueuo (aunque parecia necessario para la mejor comprehension de la materia)queriendo escusarles la molestia de la repeticion, y no alargar con demasia este papel,y assi solo iremos siguiendo sus pisadas.

269 En el n.618. dizen, q̄ todo quāto pōderamos, son vnas sofisterias imaginarias,y esto es hallarse faltos de razones, y recurrir a las injurias: porq̄ si sō sofisticos,y no solidos nuestros discursos,lo han de dezir las respuestas,y no las palabras. Y vease ay algun argumento entre los que proponemos,que no sea verisimil, y nacido de la misma letra de la clausula del codicilo,y conforme a la voluntad de la señora Condesa,declarada repetidamēte en el,y en otras disposiciones suyas,y se conocerà si son sentidos inciertos, y imaginaciones extrinsecas las nuestras (como en cōtrario se llaman)con lo qual, y con dar a cada passo por assentado lo que auian de probar,juzgan han satisfecho,y no disputan lo que importa, ni aueriguan si el escrupulo que dà a entender tenia la señoraCondesa,era suyo, ò del Padre Ripalda, artifice desta declaracion confusa, y si quando fuera suyo,caìa sobre la incapacidad del señor Conde, ò sobre otro motiuo,el remitir el testamento del año de quarenta y dos al Consejo, y en esto auian de prouar lo que les haze al caso,y se contentan con suponerlo.

270 En el num.620.con los dos siguientes, dizen, que el señor Duque no puede impugnar la declaracion de la señora Condesa, por deriuar su derecho de sus disposiciones, *ex l. cum à matre, C. de rei vindicat. & l.ab eo,C.de liberali caus.* Y lo primero forman el argumento sobre la misma duda, y la suponen en su fauor:porque negamos que la señora Condesa declarasse nada en fauor del testamento del año de 42. por lo menos en lo que mira al señor

Mar-

Marques de Leganes, y asi el señor Duque no contradize, sino defiende su voluntad. Y lo segundo, tan poco es cierto, que el señor Duque deriua su derecho de las disposiciones propias de la señora Condesa, que otorgò como heredera del señor Conde, sino de la que hizo, como su comissaria, y entre tanto que esta fuere firme, y valida en virtud del poder, no tiene necessidad de valerse de las demas, con que se conoce quan poco aproposito se traen estas doctrinas.

271 En el num. 623. dizen, que descubre con notoriedad, no auer el señor Conde comunicado con la señora Condesa la reuocaciõ del mayorazgo de 42. declarar en el codicilo, *que si huuiera tenido noticia del dicho testamẽto, no huuiera hecho disposicion alguna contraria a el*, y callã lo que se sigue, *por lo menos en cosa alguna que pudiera ser en perjuizio del dicho Marques de Mayrena, por estar tan cierta de la voluntad del dicho señor Conde mi marido, y que la tuuo de fauorecer al dicho Marques, y sus sucessores en todo lo possible.* Y lo vltimo con que concluye: *Y se estè a el conforme en todo lo que a derecho pueda, y deua valer, y mas bien le estuuiere al dicho Marques de Mayrena*, y asi toda la calificaciõ que quiso dar la señora Condesa à aquel testamento, fue solo en fauor del Marques de Mayrena, y no de otros, como ponderamos in prima num. 408. y esto sin quitarle, ni añadirle mas fuerça, que la que el Derecho le daua.

272 Y tampoco aduierten lo q̃ tenemos ponderado en nuestra informacion, num. 401. que tanto tiempo antes, en el testamento que otorgò como comissaria, expressamente dixo, auia tenido noticia del testamento del señor Conde, y de las fundaciones, y llamamiẽtos que en el auia hecho, por auerselos comunicado, *mem. num.* 122. Y pues la señora Condesa tan indiuidualmente se refiere al testamento de 42. cierto es que supo le auia, y asi declarar despues en el codicilo, que no tuuo noticia del, ò son palabras del Padre Ripalda, y no de la señora Condesa, ò se les ha de dar el sentido que en ellas cabe, para euitar contradicion de no auerle tenido presente, quando otorgò el testamento en nombre del señor Cõde, vt diximus *dict. num.* 408. *cum sequent.* con que se responde à lo que alegan *ex l. fin. de haeredibus instit.* que no se aplica, y a que tenemos satisfecho en semejante objecion supra à num. & in prima a num. 164.

273 En el *nu.* 624. *cum duob. seq.* quieren responder al tercero argumento, que por nuestra parte se haze a num. 402. de conocerse clara, y indubitablemente, que la señora Condesa no tuuo al tiempo que otorgò el codicilo, escrupulo alguno en quanto al poder, pues en todas sus clausulas se aprouecha del, disponiẽdo varias cosas, como heredera del señor Conde, y ordenando tambien se guardasse el testamento, que como su Comissaria auia hecho, que tenia su fuerça vnicamẽte en el poder. Y dizen, q̃ esta es mas cabilacion, que respuesta, y si manifestar lo que cõsta por el tenor, y letra de todo el codicilo, es cabilarle, que serà lo que se considera para salir desta dificultad por los Abogados del señor Marques, que es opuesto derechamente

a la voluntad reiterada de la señora Condesa. Y porque esto no se ponga mas en controversia, discurriremos por los numeros del codicilo, y a q̃ no se dan por entendidos de lo que contienen, con solo referirnos a el.

274 En el num. 136. del codicilo expressamente ordena, que si su testamento cerrado, no se conformare en todo con el que hizo en nombre del señor Conde, se estè al de Comissaria, y no al suyo, y que esse solo se obserue. En el num. 137. dize, que se tenga por parte del testamento del señor Conde el papel cerrado, que ponia con el mismo codicilo, q̃ quiere se guarde tambien por disposiciõ suya propria. En el num. 138. dispone se hagã los empleos, y reempleos hasta cumplir la renta señalada en el testamento que hizo por el señor Cõde: y que entretanto se dèn a los sucessores los alimentos en el mismo testamento ordenados. En los dos numeros siguientes haze algunas mandas de los bienes del senor Conde, que no siendo su heredera en virtud del poder, no podian tener efecto. En los numeros 141. 142. y 143. dà poder al Conde de Grajal para seguir los pleitos, que sobre los derechos que tenia a los bienes del señor Conde, se le auian mouido, y para que se transigan en cierta forma. En el num. 145. dize, que es proprietaria destos estados, y que como tal dà cierto poder al Administrador dellos. Y en los num. 146. & seq. concluye, confirmando su testamento cerrado, que auia otorgado, como heredera del señor Conde, y que auia reducido en todo al de Comissaria.

275 Vease con esto si cabe en juizio humano pensar, que valiendose en todas las clausulas deste codicilo la señora Condesa del poder, y disponiendo en su virtud, y como heredera del señor Conde varias cosas, y refiriendose tambien al testamento, que auia hecho en su nõbre, queriendo que solo lo en èl dispuesto, se obseruasse, hasta en lo que fuesse cõtrario a sus disposiciones, auia de declarar en el mismo codicilo en la clausula del num. 144. que el poder no auia tenido fuerça por la incapacidad del señor Conde; y que assi no se estuuiesse a èl, ni al testamento de Comissaria, sino solo al del año de 42 que es lo que el señor Marques pretende contiene esta declaracion.

276 Y no solo del codicilo de 7. de Setiembre referido, sino del que dos dias despues otorgò la señora Cõdesa se arguye claramente este mismo concepto, memor. num. 149. cũ sequent. donde haze legados, y otras disposiciones, como heredera del señor Conde, en virtud del poder, y se remite tambien, y dà fuerça al testamento de Comissaria. Y en el papel cerrado, que quiso se tuuiesse por parte del testamento del señor Conde, memor. n. 157. pone estas palabras: *Declarò lo primero, que el papel a que me remito en el testamento es este, y no otro: y que assi quiero, que este sea, y valga por parte del dicho testamento.* Y despues de auer hecho los llamamiẽtos, conformes à la voluntad, que el señor Conde la auia comunicado en el num. 163. pone de su letra: *Buelvo à declarar de mi mano, que este papel de dos pliegos, escrito de mano agena, en que van escritas dos hojas, y la mitad poco mas desta plana, es el papel a*

par-

parte a que me remito en el testamento del Conde mi señor, y marido, y que fue su voluntad, todo lo que và dispuesto, y declarado en èl. Y no se puede compadecer, que lo contenido en este papel quiera se execute, como parte del testamento de Comissaria, si al mismo tiempo tratara de derribarle, y que se estuviesse al de 42. en cuyo caso eran sobradas estas declaraciones, y llamamientos.

277 Contra verdad tan patente (despues de auerla llamado cabilacion) no se opone otra cosa, sino que en las mismas clausulas, memor. nu. 136. & 137. la señora Condesa, desconfiada de la firmeça del testamento, que como Comissaria auia otorgado, dize, que si no valiere por del señor Conde, valga como disposiciõ suya. Y no sabemos, que nombre merezca, inteligencia tan contraria a la mente de la señora Condesa; porque estuuo tan lejos de querer con esta clausula desacreditar el testamento, que en nombre del señor Conde auia hecho, que antes la puso para su mayor corroboracion; y assi della no se ha de inducir el animo contrario, *l. quod fauore, C. de legib. l. nulla, ff. eod. cum vulgat.* Y quando sea sobrada, y impertinente aquella preuencion, y no pudiesse aprouechar en algun caso, por lo menos no podra dañar, puesta subsidiariamẽte, y por resguardo. Y lo que es mas, si la señora Condesa tenia escrupulo del poder, y de la disposicion hecha en su virtud, como mandaua, que se obseruasse por voluntad suya propria; pues si era falso, no podia sostenerse, ni como testamento del señor Conde, ni como de la señora Condesa.

278 Desde el num. 627. procuran responder algo, en quanto al argumento quinto, que haze el señor Duque en su papel a num. 406. y dizẽ, que no se ha de atender a la interpretacion, que por nuestra parte se dà a esta clausula, siendo contraria a la letra; sino por conforme a ella, y la mas ajustada, que se puede hazer en la ocurrencia de las circunstancias, que alli ponderamos. Y lo que assiẽtan en el num. 628. que se ha de estar a la declaracion del Padre Ripalda, que es el Interprete desta clausula, no se ajusta; porque ni el Padre Ripalda declarò en quanto a esto cosa alguna, y solo ay la deposicion de Don Antonio de Castro, Abogado del señor Marques, memor. num. 925. que de relacion del Padre Ripalda, dize, que la señora Condesa estava con escrupulo del poder, ni quando el Padre Ripalda contestara en lo mismo, era fiel Interprete del animo de la señora Condesa; y assi se traen sin proposito algunas doctrinas ordinarias, que proceden solo, quando la voluntad està manifiesta, y no dudosa, y quando ay Interpretacion del mismo testador en quanto a ella.

279 En el *num. 630. cum trib. seq.* no passan; porque digamos, que solo procurò la señora Condesa en esta declaracion ajustar las conueniẽcias del Marques de Mairena, y para dar algũ color a la replica, trasladan ciertas palabras de la clausula, dexãdose las sustanciales, y en que consiste la verdad de la inteligencia que la damos, las quales referimos sup. nu.

y por ellas se declara, que el recelo de la señora Condesa (si tuuo alguno) solo cayò en quanto al Mar-

ques

ques de Mairena, a quien no quisiera auer perjudicado, apartandose de la voluntad del señor Conde, en ninguna circunstancia; y si el escrupulo fuera absoluto del valor del poder, por auer estado capaz el señor Cõde quã do le otorgò, lo declarara assi sin rodeos, y no limitara el que se considerasse la fuerça del testamẽto del año de 42. solo en fauor del Marques de Mairena, y sus sucessores, y no de los demas interessados en èl, con que no se aplican las doctrinas, del que confirma testamento revocado; porque ni la señora Condesa confirmò el testamẽto del año de 42. ni pudiera, por ser dispo sicion agena, y revocada por el señor Conde, ni tampoco revocò el que auia otorgado en su nombre, antes bien le confirmò, y solo sin añadirle, ni quitarle fuerça, remitiò el testamento cerrado del señor Conde al Consejo, para que se viesse en justicia, si en su virtud podia el Marques de Mairena mejorar sus llamamientos.

280 En el nu. 634. dizen, que no se puede esperar, se dè la tenuta al señor Duque por las disposiciones de 45. pero lo pueden temer los que no lo desean. Y en el num. 635. replican, que como se puede dezir, que el Padre Ripalda fraguo esta clausula, hallandose en el codicilo de la señora Condesa, y respondemos con lo mismo que tiene probado el señor Marques, de auerse fabricado en el estudio de don Antonio de Castro, entre el, y el Padre Ripalda, y con estar el codicilo escrito todo de su letra, y con las demas contradiciones, y repugnancias, que tenemos ponderadas, para que no se tenga por de la señora Condesa, por lo menos en sentido diferente del que la damos.

281 Desde el num. 636. dizen, que desauciados de todo recurso apelamos a la *l*. 35. de Toro, por la qual la señora Condesa, no pudo hazer declaracion contra lo que tenia dispuesto en el testamento de Comissaria, y no nos han hecho tanta fuerça las replicas contrarias, que con esta facilidad desesperemos de los primeros medios, q̃ siẽpre juzgamos por inuencibles: pero aunque faltaran todos, pudieramos de solo este argumento fiar la respuesta de quanto se quiere inducir de la clausula del codicilo, pues es constante, que el comissario, estando fuera del termino legal, no puede alterar, ni declarar lo que vna vez dispuso en nombre de otro, aunque sea reseruandose facultad de poderlo hazer, ex dict. *l*. 35. Taur. & probauimus in prima num. 412.

282 Sin que importe lo que responden, que esto se entiende en declaracion dispositiua, pero que quedandose en terminos de mera declaracion, no procede la *l*. 35. *Tauri*, ex Mier. 1. *p*. *q*. 44. *n*. 114. & Castill. *tom* 6. *cap*. 184. *n*. 2. Y que la señora Condesa no tratò de reuocar el testamẽto de 45. sino de declarar su propria voluntad, y ajustarla en todo a lo dispuesto en el testamento del año de 42. Y no sabemos como ay aliento de proponer conclusion semejante; pues quando sea cierta la limitacion de *Mieres*, y *Castillo*, con que color se aplica a esta declaracion? que si se huuiera de entender en el modo, que el señor Marques pretende, es la total derogacion, y destruicion del poder,

der, y de las diſpoſiciones otorgadas en ſu virtud, ſino es q̃ para ſus Abogados, ſea todo vno, q̃ el S. Marques ſuceda por el teſtamẽto de 42. ò q̃ el S. Duque por el de 45. y no tengan por diſpoſicion nueua, ò contrauencion al teſtamento de comiſſaria, la de la ſeñora Condeſa, aunque por ella ſe quiten eſtos eſtados al ſeñor Duque, y ſe den al ſeñor Marques: y aſsi en el num. 639. juzgan, que no es perjuizio del ſeñor Duque, ſe eſtè al teſtamento de 42. quando en èl dize el ſeñor Marques, que tiene llamamiento anterior. Y lo que añaden, que la ſeñora Condeſa no revocò por eſta clauſula el teſtamento de 45. es lo miſmo que pretendemos, y ſi ſe quiſo ajuſtar en todo al teſtamento del año de 42. ſiendo opueſto al de comiſſaria, es preciſo reconocer, que no le quiſo declarar deſnudamente, ſino revocar, y alterar en todo lo ſuſtancial, y que no pudo hazer.

283 Y quando fuera ſolo declaracion, y no diſpoſicion la de la ſeñora Condeſa, no ſe auia de eſtar a ella, no ſiendo veriſimil, antes contraria a la verdad, que con tantos teſtigos, y preſumpciones, tiene verificada el ſeñor Duque en fauor de la entera, y ſana capacidad del ſeñor Conde, vt põderauimus in prima num. 413. Y lo prueba el miſmo Caſtill. *d. tom. 6. c. 184. num. 3.* & Carp. *de execut. lib. 3. cap. 5. a num. 10.*

284 En el *num. 639. cum ſeqq.* concluyen en el diſcurſo, con que la ſeñora Condeſa fue juntamente heredera; y que en quanto a ella no procede la ley 35. de Toro. Y aqui nos confieſſan, que por auer concurrido en ſu perſona los dos titulos de comiſſaria, y heredera, pudo hazer lo que juzgaſſe ſer mas vtil, y conforme a la voluntad del ſeñor Conde, ſin neceſsitar del poder eſpecial, q̃ pide la *l.* 31. de Toro, como probamos ſupr. num. donde ſe nos negaua eſta propoſicion: y aſsi lo que añadiò, ſer tambien heredera, fue ſolo la mayor libertad de diſponer, y hazer mayorazgos, aunque eſta facultad no eſtuuieſſe expreſſa en el poder. Pero vna vez que los fundò, y que por razon de la preſumpta voluntad, ſe han de tener por del ſeñor Conde los hechos en ſu nombre, tan impoſsibilitada quedò la ſeñora Condeſa, de alterar aquella diſpoſicion, como otro qualquiera comiſſario: y no dudamos, que para hazer mayorazgos, es meneſter poder eſpecial, Carp. *lib. 2. cap. 17. num. 3.* Pero ſe entiende, quãdo el comiſſario, no es juntamente heredero, ni en el poder para hazer teſtamẽto, ſe declara, q̃ el teſtador le tiene comunicada ſu voluntad, como fundamos ſupra num.

285 A lo que diximos in prima à num. 415. en ſatisfacion de la congetura que pretenden inducir de la renunciacion del vſufructo, que dos dias antes de morirſe hizo la ſeñora Condeſa en don Gaſpar Marques de Mayrena, no ſe replica otra coſa por el ſeñor Marques, num, 641. con los dos ſiguientes de ſu reſpueſta, ſino q̃ por mucho que ſe adelgaze el diſcurſo, no ſe hallarà mas cauſa que mouieſſe a la ſeñora Condeſa a tomar tal reſolucion, que la duda del valor del poder. Y no intẽtan ſi quiera, dar alguna ſalida a las que tenemos põderadas claras, y patentes, que fuerõ las que mouieron a la ſeñora Conde-

ſa para hazer la renunciacion,y no la que ſe ſupone, con que nos eſcuſan gaſtemos nueuas delgadezas en reſponderlos.

286 En la congetura de la voz publica que el ſeñor Marques dize corrio en Toro,de que el ſeñor Conde no auia eſtado con juizio, y capacidad, quando otorgò el poder, ſe diſcurre por parte del ſeñor Duque en ſu informacion,a num.427. contra lo qual no ſolo no ſe replica aora por el ſeñor Marques,ſino que ſe deſiſte deſta alegacion en el num. 644. conociendo ſobre quan flaco fundamento ſe formaua.

287 Deſpues de ſatisfechas plenamente todas las cõgeturas de que el ſeñor Marques quiere inducir falta de juizio en el ſeñor Conde, quãdo dio el poder, ſe ponderan por el ſeñor Duque en ſu papel deſde el nu. 431. las preſumpciones que le aſsiſtẽ para lo contrario, y auer eſtado con cierta, y ſegura capacidad en aquel acto,con relacion a los numeros en que ſe prueuan mas dilatadamente,y ſe ajuſtan en el hecho, y en el derecho; pero los Abogados del ſeñor Marques, que tanto caſo hazen de qualquiera indicio por leue que ſea, para arguir la demencia, deſeſtiman las congeturas de ſanidad, aunque ſon mas en numero, mas vehementes,y eficaces,y que tienen en ſu fauor todas las diſpoſiciones del Derecho, y ſolo en vn numero que es el 645. pienſan que las reſponden, no haziẽdo mas que referirlas, y negarlas deſnudamente; pero los ſeñores juezes que dellas hã de hazer el aprecio que merecen,conoceran quanta fuerça tienen,y las ventajas que haſta en la prouança preſumptiua tiene el ſeñor Duque.

ARTICVLO TERCERO.

288 Deſde el num.645.intentan reſponder a lo que ſe funda por el ſeñor Duque en el tercero articulo de ſu informacion,a num.438. pero con tal deſcaecimiento,y falta de fundamentos prouables,que ſirue la reſpueſta mas de argumento, que califica el derecho claro del ſeñor Duque,que dè apoyo a la pretenſion cõtraria; pues deſamparan los principales defectos,que haſta aora auian opueſto al poder,y en los demas diſcurren tan ſuperficialmente, como ſe conocerà con facilidad, cotejando nueſtros argumentos, y ſus ſatiſfaciones.

289 Quieren ſea nulo el poder por no auer ſido el eſcriuano rogado,y ſi bien eſta objecion eſtà manifieſtamente deſvanecida in prima à num. 440. inſiſten en que el ſeñor Duque no tiene prouado que el ſeñor Conde hizieſſe llamar a Bernardino de Benauides, aunque en el num.650.de ſu reſpueſta confieſſan que doña Geronima de Mendoça, mem.num.283. doña Catalina de Oliuares num. 286. y Ana Gomez num.289. conteſtan, que dixo a la ſeñora Condeſa,le hizieſſe llamar al Padre Ripalda ſu confeſſor, para cõfeſſarſe,y a vn eſcriuano para diſponer

ner sus cosas. Y que don Diego de Llamaçares num. 292. añade, que proponiendole al señor Conde si haria llamar à Antonio Garcia, dixo q̃ no, sino a Benauides, y auer depuesto este testigo esta circunstancia, de que los demas no hablan, no los haze varios; *Nam stare potest, quod vnus audiuerit, vel viderit, quod alter non audiuit, aut vidit*, vt scribit Farinac. *quæst.65.num.*11.y antes se han de vnir para la prueua, como prouamos in prima num. 157. Y quando solo constara, que el señor Conde auia ordenado se hiziesse llamar a vn escriuano, sin especificar este, ò aquel, es sin disputa, que el que viniesse en execucion desta voluntad, se ha de tener por rogado, y llamado por el señor Conde, y no por la señora Condesa; *quia actus non tribuitur exequenti sed mandanti, cap. qui per alium, de regulis iuris in 6.& in his terminis* Salaçar *de vsu, & consuetudine, c.* 3.*n.* 9. cuyas palabras referimos in prima num. 440.

290 Contra esta prouança del señor Duque no tiene testigo alguno el señor Marques, y solo desde el nu. 653. de su respuesta, se pretende valer de la deposicion del Doctor Maroja, y aunque tenemos ponderado, que està cõtrario entre si mismo: porque en el mem. num. 817. dize: *Que no sabe si Benauides fue llamado por la señora Condesa, ò por otra persona.* Y en el num. 837. dize afirmatiuamente, *sabe que el señor Conde embiò a llamar a Benauides*, que no solo es contradicion, sino prueua de lo que el señor Duque articula, los Abogados del señor Marques responden en el *num.655.& seq.* que es yerro del memorial, y que ha de dezir, *sabe que el señor Conde no embiò a llamar a Benauides*, y fuera de que hasta aora no estamos ciertos de lo que en esta parte se contiene en el original, quando sea assi, el Doctor Maroja no concluye, que la señora Condesa de su motiuo embiasse a llamar al escriuano, que es el intento contrario, y antes dize no sabe quien le llamò.

291 Y querer que con vna negatiua tan vaga, deshaga lo que deponen quatro testigos contestes, vn testigo singular, y tachado, carece de fundamento, y aunque se coharta à auer assistido en la quadra donde estaua la cama del señor Cõde Duque, no dize desde que tiempo assistio, y la platica de embiar a llamar al escriuano, passò muy de mañana el Miercoles, luego que la señora Condesa tuuo nueua de la mejoria de su marido, y no concluye como era necessario con razon, *quæ remoueat actum assensu, sed quæ remouet sensum ab actu*, diziendo no lo oyò, que no basta, Farinac. *quæst.65.num.* 228.

292 Pero pudieramos auer escusado este discurso, por auer juntado in prima num. 442. diferentes congeturas (que concurren en este pleito) por las quales el Derecho presume el ruego del escriuano, a que se responde en el num. 660. que fueran aproposito, si constara de la legalidad del escriuano, y no tienen que echarla menos: porque sin necessidad està prouada concluyentemente por el señor Duque en la pregunta 10. num. 471. del mem. Y el señor Marques, no ha articulado cosa en contrario, que era a quien tocaua la prueua, por ser esta su pretension, y te-

tener contra si la presumpciō de derecho. Y solo con alegar desnudamente, que Bernardino de Benauides no procedio cō legalidad en el otorgamiento del poder (quando consta lo contrario) se asienta por derriuada la opinion de vn escriuano del Numero, y Ayuntamiento de la ciudad de Toro, que tan assegurada, y radicada està en el credito de los que le conocen.

293 En el num. 661. se apartan del defecto, que tan repetidamente auian alegado los Abogados del señor Marques, de no auer sido rogados los testigos del poder, a que se satisface in nostra à num. 443. y como no pudieron los del señor Duque adiuinar en que oposiciones auian de desistir, y quales hazian solo para numero, y apariēcia, les fue preciso responder a todas, aunque en su estimacion tan sin substancia juzgaron las vnas como las otras.

294 Lo mismo sucede en quāto a otro defecto de no ser los testigos del poder vezinos de la ciudad de Toro, en que aunque los Abogados del señor Marques dizen insisten toda via (no queriendo rendirse a desamparar claramente objecion de que tanto caso han hecho en el discurso deste pleyto) en el efecto lo hazen, remitiendose en el num. 664. a lo que en esta parte tienen escrito en su primer papel, donde no se toca argumento alguno de los muchos que se ponderan en la informacion del señor Duque, à num. 447. para conuencer, no es necessario que los testigos tengan vecindad, quādo son cinco, y concurre con ellos escriuano, y assi esta remission mas se ha de tener por vn honesto reconocimiento de la verdad, que por respuesta.

295 Desde el num. 665. procura probar el señor Marques, que el poder se otorgò ad interrogationē, no con otro fundamento en el hecho, ò en el derecho, que por que sus Abogados han juzgado, necessitan para derribarle desta alegacion; y assi en sus mayores aprietos recurren a ella, como en los n.   en los quales, respōdiēdo a la doctrina, de q̄ la disposicion cuerda, vence a la presumpcion del furor antecedente, ò sea en el que tiene intervalos, ò en el que no los tiene, dizen que se entiende, quando no està ad interrogationem, porque entōces la cordura mas se ha de atribuìr al que pregunta, que al que responde. De la misma conclusion se valen aora para la nulidad del poder, y particularmente para que no tuviesse fuerça de reuocar el testamento del año de 42.

296 Y aunque no dizen cosa de nueuo, a que no estè preuenidamente satisfecho en el papel del señor Duque a num. 463. vsque ad num. 480. para mayor manifestacion de sobre quan flaco fundamento estriva, vna de las principales oposiciones, que el señor Marques haze, y de que sus Abogados juegan en varios puntos, de los que se controvierten, discurriremos por sus numeros.

297 En el num. 665. dizen, que no està tan desnudo de prueba, que se otorgò el poder ad interrogationem, como dezimos en nuestro papel; porque el Padre Ripalda n. 830. lo depone assi: y aunque en esta parte habla de proposito con equiuocacion, diziendo, que quando el Escriua-

uano llegò para tratar del otorgamiento,el señor Cōde respondiò de si a todo, cosa que se deue entender del segundo lance,trayendo ya escrito el poder el Escriuano, despues de auer sabido sin sugestion la voluntad del señor Conde,que es quando boluio a su presencia para el otorgamiẽto,no nos embaraçamos en interpretarle;porque como quiera que diga, no ay q̃ hazer caso de vn testigo singular con tantos enquētros,y tachas, y que se opone a 19 testigos de vista examinados por el señor Duque,y al Doctor Maroja,testigo principal del señor Marques, como se pondera in prima a num. 464. y porque no estè tan solo,aora le arriman a Pedro de Vmaña,memor.num.832.que dize: *Viò que Benauides llevò al señor Conde vn papel,que dezian era poder para testar;y el dicho señor Conde respōdiò a las preguntas,que el dicho Escriuano le hazia, y se dixo dexaua por heredera a la señora Condesa su muger, y no sabe otra cosa*, deposicion q̃ no alcançamos, para que la alegā en su fauor? Porque vèr que Benauides, llevava vn papel, que dezian era poder para testar,es conuenir con la verdad,y lo que passò,de que el Escriuano, auiendo entendido la voluntad del señor Conde, formò el poder, y que bolviò con èl a su publicacion, y otorgamiento:y el añadir, que el señor Conde respondiò a las preguntas,que el Escriuano le hazia, no concluye quales fuessen las preguntas, ò las respuestas.

298 El testigo vltimo que juntan con estos dos, es el Doctor Maroja, el qual memor. num. 817. & num.836.dize todo lo contrario, que pretende el señor Marques;porque confiessa, que èl señor Conde, preguntandole Benauides, si queria hazer testamento,respondio, que no estava para ello; y que diziendole, si queria dar poder para testar, dixo q̃ si:y que advirtiendole el Escriuano, que auia de nombrar heredero, y preguntandole a quien queria por su heredero,dixo,à la Condesa; y por su testamentario, respondiò lo mismo, y que queria enterrarse en su Cōuēto de Lueches:y esto es opuesto a lo que quieren inducir de la deposicion del Padre Ripalda, y a la pretension de que el señor Conde no respōdiò mas que *Si* a todo. Y aunque en quanto al nombramiento de los demàs testamentarios el Doctor Maroja no cōtesta con lo que està verificado por parte del señor Duque,y dize, que no le ocurrieron al señor Conde; hasta que se los propuso Bedauides, tambien reconoce, que iba repitiẽdo sus nombres; y que no assentia solo por la palabra *Si* a los propuestos,aunque importàra poco, que en el nombramiento de testamentarios, huuiera respondido, como el señor Marques desea.

299 Demodo,que sobre deposiciones desta calidad,que no solo fauorecen, sino que se oponen al intẽto contrario, y que tienen contra si, en lo que parecen conformes a èl, todo el resto de los demàs testigos examinados en este pleito,cargan los Abogados del señor Marques sus discursos,haziendo presupuesto, que el poder se otorgò ad interrogationẽ, y passando a la aplicacion de las conclusiones, que se suelen traer en tal caso.

300 Y para que cesse toda disputa,no es necessario mas fundamẽto,que el ponderado en la informacion del señor Duque nu. 465. porque los terminos en que los Interpretes forman la question,si el testamento hecho ad interrogationem, es valido,ò no, y en que se consideran las congeturas de sospecha, y falsedad, que suelen ponderar para su nulidad, son quando el testador, a la pregunta de si quiere a *Pedro* por su heredero, no responde mas palabra, que *Si*:pero quando solo genericamente, sin especificarle por su nombre proprio persona alguna,se le pregunta a quien quiere por su heredero,entonces es sin controuersia, que el nombramiento que hiziere, es no solo valido,sino libre de toda sospecha,y sugestion,y que arguye entera capacidad,y deliberaciõ en el que testa:Assi lo sienten los Authores referidos, *d. n.*465.præter quos, Surd. *cons.*414. *num.*61.ibi:*Advertatur etiam,quod contrarium procedit,quãdo notarius, vel alius suggerit testatori nomen hæredis,& testator respondet simplex verbum affirmatiuum. At hic cessat suggestio,quia notarius non expressit nomen hæredis,sed testatorem admonuit, quod nominaret hæredem, qui proprio nomine illum expressit.* Frãcisc. Nig. Cyriac.*tom.*3.*cont.* 549.*numer.* 65. donde dize,que la question procede, *in testamento facto ad interrogationẽ, & suggestionem,interrogando testatorem,an vellit facere talem hæredem, specificè illum nominando, non autem in genere, quem vellit instituere*, y estos citan a otros.

301 Responden los Abogados del señor Marques en el num. 572. que Menoch.*lib.*4.*præsumpt.*8.*num.* 37.alegado por nuestra parte, *d. nu.* 465.en el *vers. Declaratur*, limita esta opinion, quando ay conjeturas de que el enfermo, no queria hazer testamento,y fuera de que esta limitacion, no se aplica por estar probado el animo,y voluntad que el señor Conde tuuo de otorgar el poder, la declaracion de *Menochio*,no es para el caso de auerse hecho la pregunta genericamente(q̃ no es de la question de interrogacion)sino para el de auerse hecho especificamente, en el qual desde el num. 33. discurre por varias congeturas, de que se arguye el animo de testar, ò el contrario, y en el numer. 38. & 40. que es adonde los Abogados del señor Marques en su respuesta num. 673. & seq. le alegan,las prosigue:Pero siempre reteniendo el mismo caso,en que el testador solamente responde *Si*, y no nombra nomine proprio al heredero;porque si le nombra *Menoc.* en el num.37.es el que mejor declara,que por cõstar del animo de testar, no ay controuersia.

302 Desde el num. 666. hasta el 670.dizen, que quando el enfermo no tiene voluntad de hazer testamento,y està tan oprimido de la enfermedad,que no articula palabra, y se duda si està en su juizio, y la pregunta la haze persona sospechosa,es nulo el testamento, y estas proposiciones se ajustan,quando el moribũdo no pudo dar otra respuesta que *Si*,a lo que le proponian: porque se presume,que quien no articula mas razon,no tiene capacidad bastante,y que la respuesta es acaso,por librarse de la molestia;pero en nuestro caso

no

no concurre alguna destas circũstãcias, y asi no son aplicables las doctrinas, como discurrimos in prima a num. 470. vsque ad num. 479. de adonde sacaron los Abogados del señor Marques los lugares de Menochio *consf. 45. num.* 17. Mantica *lib. 2. de coniectur. tit. 7. num. 9.* Cast. *tom. 4. cap. 27. num.* 11. 65. & 72. y pudieran estender su papel con otras alegaciones copiosas, que alli se traẽ al mismo intento: pero que no les favorecen por ser los terminos distintos.

303 Dizen desde el num. 675. que no pueden negar, que la opinion de la *gloss. in l. iubemus*, §. *oportet, verb. Quemadmodum, C. de testamentis*, es comunmente recibida, vt probatur in nostra num. 467. y que mirando la question desnudamente, sin arrimarla presumpciones, el testamento hecho ad interrogationem, es valido: pero que Gregor. Lop. (citado tambien por nuestra parte) *in l. 6. tit. 3. part. 6. gloss. verb. Diziendo*, pone algunas limitaciones desta regla, y las limitaciones q̃ trae son las mismas, que tantas vezes hemos repetido, no concurren en este caso, como es, que el enfermo estè moribundo, y no pueda articular palabra, y la pregunta especifica se haga por persona sospechosa.

304 Responden tambien num. 678. que Rod. Suar. *alleg.* 1. *num.* 28. & 29. fue de parecer, que por la misma ley de Partida 6. tit. 3. que dize: *Cierto deue el hazedor del testamento nombrar a aquel a quien quiere establecer por su heredero, diziendo, Fulano quiero que sea mi heredero*, es mas cierta la opinion contra la *gloss. in d. l. Iubemus*, en estos Reynos: Pero este Author habla en duda, y sin resolverse: y como quiera que se considere, su sentencia es contraria al corriente de los Interpretes, que en terminos del Derecho comun defienden el valor del testamento hecho ad interrogationem, y la lei de Partida, el mismo Rod. Suar. confiessa, es concordante, *dict. l. Iubemus*, y que no contiene dispocision nueua, y todos los Authores del Reyno, referidos *dict. nu.* 467 de nuestro papel, siguen la opinion de la *Gloss.* sin embargo de la ley de Partida: y es la razon, por ser lo mismo nõbrar al heredero, nomine proprio, ò referirse al propuesto por otro asintiendo con la palabra *Si*, vt ibidẽ diximus num. 468.

305 Desde el num. 679. dizen, que no se aplican las doctrinas del n. 473. de nuestra informacion, por no ser cierto el presupuesto sobre que caen, ni que Bernardino de Benauides, auiendo primero entendido la voluntad del señor Conde, hiziesse escriuir el poder, bolviendo despues de lleno a su otorgamiento: y que esta circunstancia solo la dize Don Diego de Llamaçares, memor. nu. 333. siendo asi, que tambien contestan en ella Ana Gomez num. 366. Doña Geronima de Mendoça num. 372. y Simon de Santos, oficial de Benauides, que escriuio el poder nu. 443. y aunque no con la especificacion que estos testigos, todos los examinados a la 8. pregunta del señor Duque, la concluyen; pues refieren el primer lance, y las platicas que passaron entre el señor Conde, y el Escriuano, sobre hazer testamento, ò dar poder, y sobre el nombramiento de

heredero, y testamentarios, y elecciõ de sepultura: y luego añaden, que en esta cõformidad se otorgò el poder, y le procurò firmar el señor Conde, y supuesto que a este tiempo ya se auia reducido a escrito, la disposicion del señor Conde: y lo que auia dicho en voz, necessariamẽte cõfiessan, q̃ huuo medio tiẽpo, en que se escriuiò, y no declararon con mas particularidad, por no ser del caso esta circunstãcia, y hasta el Doctor Maroja, memor. n. 837. añade, q̃ despues de lo que auia dicho en quanto a las preguntas: *Se salio el Escrivano de la quadra donde estaua el dicho señor Conde a otra pieça diferente, y que despues boluio*, que fue para el otorgamiento, y publicacion del poder.

306 Y el señor Marques auia de auer probado, que sin comunicacion antecedente, el Escrivano truxo a la presencia del señor Conde escrito el poder, y que no respondiesse otra palabra, que assi lo otorgo, para valerse de las doctrinas, de quibus in prima num. 470. Y no bastara solo dexarlo en duda, de si auia precedido la exploracion de su voluntad: porque aun en tal caso se presume por el Escriuano, y que ordenarià el testamento, auiendo sabido primero el animo del testador, Colleg. Patauin. *cons.* 1. *sub num.* 12. *volum.* 1. *vltim. volunt.* cuya opiniõ tiene por mas verdadera, Ciriac. *tom.* 3. *contr.* 549. *nu.* 83. que serà en los terminos deste pleito, donde con tantos testigos està verificado, que Bernardino de Benauides, supo antecedentemente la voluntad del señor Conde; y que despues la puso por escrito, y la publicò, y leyò en su presencia, que es el caso, en que el testamento es valido sin controuersia, aũque se otorgue ad interrogationem, vt probauimus in prima, *d. nu.* 473.

307 Valense desde el nu. 682. los Abogados del señor Marques de la controuersia referida de Ciriaco 549. tom. 3. ponderãdo algunas cõclusiones destroncadas: pero este Author es el que mas fauorece la justicia del señor Duque, y el que en el n. 65. reconoce, que quãdo el testador a la pregunta general, responde nombrando el heredero, està fuera de toda sospecha el testamento; y que no es el caso, en que ay controuersia entre los Interpretes, de si vale, el que ad interrogationem se otorga, cuyas palabras trasladamos supr. num.
Y mirado todo el cõtexto de la controuersia juntamente, y no desmembrandola por partes, se verà en quan diferentes terminos escriuiò Ciriaco, de los en que nos hallamos.

308 Y esto consta por los presupuestos que haze a num. 35. (que en aquel pleito concurrieron) para la resolucion de qual de dos testamentos, otorgados por el mismo testador, auia de ser preferido, si el primero contra que no se oponia vicio alguno, ò el segundo, contra el qual, se auia verificado, que el interessado lleuò el Escriuano, y los testigos para el otorgamiento, al tiempo que el enfermo estaua tan grauado con enfermedad de peste, que a ninguna pregunta, assi de la parte, como del Escriuano, respondiò a proposito; y que solo al dezirle, si queria hazer testamento, pedia vbas, y agua; y que auiẽdo procurado en dos distintas vezes con sugestion, dexasse su hazienda a vno, que estaua presente (que se fingia

gia

gia su pariente sin serlo) no se pudo conseguir, hasta que el dia siguiente el mismo interessado con diferente Escriuano, y otros testigos, trayendo desde su casa escrito el testamento, con gran maña pudo alcançar, que al proponerle si le queria por su heredero, el enfermo dixesse solamente *Si*.

309 Y destas circunstancias desde el num. 86. induce siete congeturas de falsedad, y sugestion contra el testamento segundo; por las quales es de opinion, que no fue legitimo, ni eficaz para reuocar el primero, y ninguna dellas concurre en este pleito, antes las contrarias, que manifiestan la deliberada voluntad del señor Conde para dar el poder, y nombrar por su heredera a la señora Condesa, y Ciriaco sigue en todo las opiniones, y doctrinas comunes en esta materia, que tenemos recopiladas, y cõprouadas in prima a num. 470. y assi no sabemos en que hallan tan en su fauor a este autor, que se detengan por muchos numeros en ponderar algunas conclusiones suyas, que no se ajustan al caso presente.

310 Y en quanto a si el testamento segundo hecho ad interrogationem reuoca el primero solemne, y perfecto, en el num. 31. assienta que si; lo qual se ha de entender, quãdo el segundo es valido: porque en el no concurren las sospechas, y congeturas de sugestion, y falsedad, que ordinariamente se consideran; pero quando las ay, y estan verificadas, como en el pleyto en que escriuia, cierto es, que el testamento segundo es nulo, y no apto para reuocar el anterior, y assi lo funda desde el nu. 103. Y esta misma distincion està hecha en el papel del señor Duque, y prouada en el num. 480. con lugares copiosos de Autores modernos, que citan otros muchos en la misma conclusion. Y la materia no es capaz de duda: porque si el testamento vale, aunque sea hecho ad interrogationem, se sostendrà, no solo quando no precede otro solemne, sino aunque preceda, *§. posteriore, instit. quib. mod. test. infirm.* y si es nulo no tendrà fuerça, aunque el testador alias muera abintestato, y assi no se ha de hazer fundamento en que ay otro testamẽto anterior, ò que no le ay, sino en prouar que el segundo fue irrito, y inualido por la sugestion, y demas indicios, que para su nulidad agregã los interpretes, ninguno de los quales està por el señor Marques verificado.

311 El defecto que se opone al poder de que no tiene los testigos necessarios, por la contradicion del Doctor Maroja, que lo fue instrumẽtal, està tan desvanecido en la informacion del señor Duque, a nu. 483. que nos marauillamos se buelua por los Abogados del señor Marques en su respuesta desde el num. 690. a insistir en el, porque quanto mas se detienen en calificarles, tanto mas descubren la flaqueza desta oposicion.

312 Y Surdo, que es vno de los Autores alegados por nuestra parte *cons*. 378. no fauorece su intento, porque aunque en el num. 10. haze la misma objecion, de que la contradicion de vno de los testigos instrumẽtales, quita la fuerça al instrumento, despues la dà diferentes respuestas, q̃ todas se ajustan a este caso. Desde el

num.

num.20.responde, que no es de cõsideracion que vn testigo instrumental contradiga indirectamente: porque entonces se tiene por maliciosa su contradicion; pues confessando q̃ se hallò al acto, ò auiendo subscripcion suya, no se le ha de creer que niegue auer oido, y entendido lo que tuuo obligacion de oir, y saber; lo qual tambien està latamente prouado in prima num.276.& num. 483. Otra limitacion pone Surd. num. 11. & à num.24. (en que no ay disputa) para desestimar la contradicion de vno de los testigos instrumentales, si otros en numero bastante, aunque sean supernumerarios, se oponen a su contradicion. Y en el num.27. dize, que para esto no se requieren precisamẽte testigos, sino que bastan adminiculos, y congeturas, y desde el num. 28. concluye, que quando los demas testigos instrumentales, conuencen de mendacio al testigo, que contradice, aunque no sean los bastantes para el valor del instrumento, ni aya otros de fuera, ò congeturas que coadjuuen sus deposiciones, se ha de estar a los mas, q̃ es lo mismo q̃ se fundò en el papel del señor Duq̃ n.484.

313 Todas estas conclusiones se aplican a este pleyto, porque el Doctor Maroja no dize, que no se hallò presente al otorgamiento del poder, y antes confiessa que le subscribio, y solo depone, que el señor Conde no estaua capaz de hazer testamento, que es alegacion maliciosa, y torpe, contra la obligacion de auer testificado, y està conuencido no solo con los demas testigos instrumentales, sino cõ otros muchos, que todos deponen del buen juizio del señor Conde, y califican el poder, y assi Surdo en el lugar referido, es enteramente en fauor nuestro.

314 Y tambien Altogrado *cons.* 50. como lo reconocen los Abogados del señor Marques en el num. *693*. y dezir con esto, que habla en diferente caso, no es replica: porque las doctrinas que alega son generales, y comunes, y que se aplican tanto al pleyto en q̃ escriuio, como a este.

315 Concurre assi mismo lo q̃ està ponderado in prima, num. 485. con Menoch. *lib. 2. de arbitr. cas. 105. num.* 17. y otros, que no se parifican los casos, de no auer al principio interuenido los testigos necessarios para la solemnidad del instrumento, ò de auer interuenido, y dezir despues alguno, que no lo fue; y aunque los Abogados del señor Marques en el num. *695*. dizen que Menoch. *d. casu 105. numer.* 19. lo dexa al arbitrio del juez, fuera de que habla en los terminos de la contradicion directa, no por esso reconoce, que la opinion que auia assentado, no es la cierta, y solo en algun caso donde la fe del testigo, que contradize es grande, y menor la de los que coadiuuã el instrumento, lo remite al arbitrio del juez; pero bien se ve que el Doctor Maroja no haze peso contra tanto numero de testigos, que depone en fauor del poder, y mas quando padece las contradiciones, y tachas, que estàn consideradas in prima a num. 271. y como alli mismo probamos, num. 306. para impugnar el instrumento se requieren testigos mayores de toda excepcion, quod & probat Mascard. *concl.* 1174. *n.* 33. aunq̃ sea testigo instrumental, Surd. *dict. cons.* 378. *a num.* 33.

Y

316 Y con auer en su respuesta los Abogados del señor Marques alegado dos, ò tres autores; aunque no dizen cosa en contrario, de lo para q̃ se ponderaron por parte del señor Duque, dan por calificado este defecto, sin tocar si quiera leuemente las demas autoridades, y razones que le assisten, y estan discurridas en su papel, principalmente en el num. 487. donde se prueua que la question en estos Reynos por la *l.* 115. *tit.* 18. *p.* 3. es ociosa, pues dispone, q̃ no pierde la fe el instrumento, no solo por la contradicion de vn testigo; pero ni por la de todos los instrumentales.

317 A la cautela que se pōdera por el señor Marques, q̃ interuino en auer firmado todos los testigos del poder, està respondido en nuestro papel primero a num. 488. y no se halla que replicar por sus Abogados en el num. 697. sino que Sesse en la *decis.* 56. *vol.* 1. *num.* 34. lo considerò assi, y *Sesse* en aquel numero no dize, que de auer firmado muchos testigos por el testador, resulta sospecha, sino que no pueden subscribir por el, sino es que lo pida, y sea esta su voluntad, cosa bien distante del intento, y toda aquella decision està alegada por el señor Duque en su fauor, y especialmente en esta parte: porq̃ en ella auiendo firmado los testigos instrumentales por el testador, estuuo tan lexos de hazerse con esta circunstancia sospechoso el testamento, que antes siruio de su principal apoyo, como se prueua desde el *nu.* 9. *& nu.* 33. Y q̃ se ha de estar al testamẽto primero indubitable, y no al segundo contra quien se oponen algunos defectos, lo discurrimos in prima a *num.* 491. & sup. *a num.*

ARTICVLO QVARTO.

318 En el articulo quarto de la informacion del señor Duque a nu. 495. se haze manifiesto, que aunque se huuiesse de estar al testamento del año de 42. (como es la pretension contraria) todavia ni el señor Marques de Leganes, ni el de Morata su hijo, tienen en virtud del, derecho para que se les pueda dar la tenuta q̃ piden destos Estados, a lo qual procuran dar satisfacion tambien en el articulo quarto de su respuesta, a nu. 699. Y antes de entrar en la disputa nos oponen, y lo repiten despues al fin, num. 750. que el señor Duque no es parte para la contradicion que haze: porque no tiene interes alguno en el testamẽto del año de 42. y que le pueden dezir: *quoad te liberas ædes habeo*, y que solo trata de hazer daño sin prouecho proprio, a que hemos respondido en otra ocasion, que no aplican bien este axioma los Abogados del señor Marques: porque en la suspension que el señor Conde introduxo por aquella disposicion, fenecida su descendencia, es el principal interessado el señor Duque, y sus sucessores, por estar llamados para la vnion de San Lucar, Oliuares, Toral, y Medina de las Torres, por el medio de los casamientos entre los possecdores, y inmediatos sucessores destas casas, y a quien con mas razon

se puede hazer la oposicion es al señor Marques, que trata de impedir tome el señor Duque la possession q̃ le es deuida, en virtud de las fundaciones del año de 45. en que el señor Marques no tiene llamamiento, sino es posterior, estribando solo en el testamento de 42. en que no le tiene, ni anterior, ni posterior.

319 Todo lo que se trata en este articulo se diuide en dos partes, vna que mira a excluir al señor Marques, por no estar llamado, y otra en que se prueua, que ni el Marques de Morata su hijo, que lo està, ni el señor Marques quãdo lo estuuiera (como quiere) piden legitimamente la tenuta destos Estados, por no auer llegado el caso, ni estar verificadas las condiciones de sus llamamientos.

320 Y antes de llegar a responder a los numeros de la informacion contraria, en que se intenta prouar la inclusion virtual, y subintelecta del señor Marques (reconociendo que no tiene llamamiento literal) haremos algunas proposiciones ciertas en el hecho, y en el derecho, con que se satisface a todos quantos argumẽtos, y ponderaciones sus Abogados han acumulado en esta primera parte, y se verà quan remotos son de lo que se disputa.

321 Lo primero dezimos, que aunque no necessitauamos de inquirir la causa que tuuiesse el señor Cõde para no llamar en el testamento del año de 42. al señor Marques, y que nos basta oponerle, *substitutio de te non loquitur*, sin aueriguar el motiuo, con todo està manifiesto, si se atienden las clausulas. En la del mem. num. 87. declara el señor Conde que su intencion es, que acabada su descendencia, se vna la casa de sus padres, que es la de Oliuares con la suya de San Lucar, y con la de Medina de las Torres, y Toral, y para conseguir esto, ordena en las clausulas siguientes, se espere a que la casa de Oliuares entre en hembra, que se case cõ el posseedor de la de Medina de las Torres y Toral, y ambos sucedan en la de San Lucar. Y en el num. 93. dispone que si estuuiere comprada la renta, que auia de tener su casa de Sã Lucar, y la posseedora, ò inmediata sucessora de la de Oliuares, no quisiesse casarse, se busque hembra descendiente del señor Marques de Leganes, que cumpla la condicion, y desta suerte se vnan tambien estas casas de San Lucar, Medina de las Torres, Toral, y Leganes.

322 En la clausula mem. num. 94. no pudiendo suceder estos casos, passa a hazer diferentes llamamientos de las descendientes hembras de sus hermanas, y de los del señor Marques, y el señor Duque, y añade en las clausulas del mem. num. 95. y 96. que en todas las lineas, y sucessiones de las personas a quien llama en su casa de San Lucar, se obserue, que si fuere hembra se case con varon descendiẽte de la casa de Medina de las Torres, Toral, y Villamanrique, por que quiere suscitar por este medio su baronia de Guzman, y si fuere varon se case con hembra posseedora, ò inmediata sucessora de las casas de Medina de las Torres, Toral, Oliuares, y Leganes, porque deste modo se consiga su vnion.

323 De forma que el señor Cõde siempre procurò la junta destas

ca-

casas por los medios de los casamiẽtos,poniendolo en grauamen, y cōdicion a los que sucediessen en su casa de San Lucar, de que se infieren dos cosas,la vna,que esta fue la causa de no llamar al señor Marques, llamando a sus descendientes: porque en su persona no tenia lugar esta disposicion,que se podia solo executar en ellos,con que no es considerable lo que se alega de la verisimil voluntad del señor Conde, pues con este motiuo no solo puede estar comprehendido virtualmente el señor Marques en la substitucion de sus hijos, sino que està notoriamente excluido. Y la otra, que vna vez puesto el grauamen de los casamientos, no se puede estender a la persona del señor Marques el llamamiento de sus descendientes,aunque se diga auerse hecho en su contemplacion,por ser esta calidad personalissima, vt in his terminis probauimus in prima num. 505.

324 Y siendo la causa referida conforme al animo q̃ en toda aquella disposicion manifestò el señor Cōde,los Abogados del señor Marques han excogitado otra,que se opone a diferentes clausulas del mismo testamento de 42.y dizen,que no imaginò el señor Conde pudiera suceder, viuiendo el señor Marques, la falta de toda su descendencia, y que por esso no le llamò, y a esto preuenidamente respondimos in prima num. 501.que aunque el señor Conde hizo diferentes substituciones de sus hijos legitimos,y naturales, en aquel tiempo no tenia mas hijo, que a don Enrique,y con la esperança casi perdida de tener otros,y assi no era tanto el numero de los que auian de faltar,como se dize en contrario; pues en la verdad se reducia a vna vida sola,no auiendo de hazer caso de los sucessores imaginados, con que fuera descuydo en el señor Conde,no preuenir sucesso tan contingente, y saca la materia de duda, el que en los casos de la vacante, que precisamente auian de ser despues de acabada toda su descendencia, ordena diferentes cosas,que el señor Duque de Medina auia de hazer(que tampoco està llamado,sino sus descendientes) mem. num.50.61.& 63. Y en este vltimo expressamente dispone, que en tiempo de estar vaca su casa,reciban la copa de oro, que su Magestad embia à su sucessor,el señor Duque,y otros,y en falta dellos,nombra al señor Marques de Leganes, y si se acordò para vn caso especial de los señores Duque,y Marques que oy son, y juzgò que podia acōtecer en su vida la falta de sus descendientes, bien se ve que el no llamarlos a la sucession, tuuo el motiuo de los casamientos, y no el que se supone.

325 Fuera de que aun siendo cierto lo que se quiere dar a entẽder, y se aplicarā los terminos de no auer imaginado el señor Conde, que acabada su descendencia, pudiesse viuir el señor Marques, esto era lo que mas se oponia al llamamiento que pretende por la presumpta voluntad, ex *l.si quis ita*, *§.si quis*, *&* *§.seq.de testam.tut.*donde el tutor,que dio vn padre a sus hijos, no lo es de aquel a quien el testador tenia por muerto, aunque verisimilmente, si supiera,q̃ viuia, es de creer,le diera tambien el mismo tutor que a los demas, y es la

ra-

razon, porque no pudo comprehenderse en la disposicion el hijo de quiẽ el Padre no sintiò, ibi: *Et magis est, vt huic dedisse non videatur, licet nomen filiorum admittat, & ipsum, sed quia de ipso non sensisset, dicendum est, cessare in personam eius dationem.* Y hasta los mismos que son de opinion, que en los fideicommissos se dà extensiõ de persona ad personam ex coniectu rata mente defuncti, reconocen, que quando ay yerro para que no cayesse en la imaginacion del testador, cõ prehender al q̃ se quiere incluìr, cessa la volũtad, y no se ha de tener por incluìdo; y asi responde a esta ley el señor Molina *lib.* 1. *cap.* 4. *num.* 27. *vers. Verus*, ibi: *Ea ratione in ea lege datio tutoris, non extenditur ad eum filium, quem testator se habere ignorabat, quod certum sit, impossibile esse de hoc filio testatorẽ sensisse, ideoque eius dispositio ad id non extẽditur, quod ab ipso testatore cogitatum non fuit, quæ ratio in eadem lege expressa est*, Mantic. *lib.* 3. *de coniect. tit.* 19. *nu.* 8. *vers. Sed hoc loco*, ibi: *Voluntas testatoris, nõ extẽditur de persona ad personã, quãdo testator de ea nõ cogitauit, nec sensit*, Fusarius *quæst.* 458. *num.* 22. y asi de lo mismo que alegan, se conuence q̃ el señor Marques no tiene llamamiento congeturado.

326 Lo segundo assentamos, que no es cierto tampoco, que el señor Conde llamasse a los hijos del señor Marques por contemplacion de su Padre, para aplicarle las doctrinas, de que ha de ser tenido por principalmente llamado, y antes q̃ ellos: porque en duda se presume lo contrario, *l. fin. C. de vsufruct.* ibi: *Cum plerumque verisimile sit testatorem contemplatione magis filij, quam patris vsumfructũ ei reliquisse*, *vbi gloss. fin.* Thom. Sanch. *lib.* 6. *de matrim. disput.* 26. *num.* 1. *vers. Vltim.* Menoch. *lib.* 3. *præsumpt.* 28. *num.* 17. Y siendo tambiẽ el Marques de Morata pariente del señor Conde, no se ha de entender, que por contemplacion de su Padre le llamò, sino por su propria persona, Thom. Sanch. *vbi proximè num.* 5. Ioann. Gutierr. *lib.* 2. *pract. quæst.* 120. *num.* 12. *vers. Tertio limitatur.* Del modo que las donaciones, que el Abuelo haze a su nieto, no se presumen hechas por contemplacion del hijo, sino del mismo nieto, *l. Quæsitum*, vbi omnes *de leg.* 1. Alciat. *de præs. reg.* 1. *præsumpt.* 17. *& præsumpt.* 18. *num.* 3. Menoc. *cõs.* 81. *num.* 46. Surd. *cons.* 177. *num.* 10. *&* 11. *& num.* 43. *Nam*, vt loquitur Gutierrez vbi supra *num.* 9. *vers. Nõ obstat primum, nepos non solum patris, sed etiam aui consanguineus est, quare non est quod magis contemplatione patris ipsius, quam nepotis donare auus præsumendus sit, cum donãdo nepoti videatur donare propter proprium sanguinem, affectionem, & dilectionem non tantum patris nepotis, sed & ipsius nepotis.*

327 Y como dize Surd. *d. cons.* 177. *num.* 46. *Duplici modo consideratur contemplatio, primo scilicet, vt patri quæratur, secundo quia affectione patris motus sit ad diligendum filium, in proposito autem, licet auus nepotem diligat ex causa patris, non tamen dicitur relinquere nepoti, ea contemplatione, vt quæratur patri*: y es doctrina de Bart. comunmẽte seguido *in l. Gallus*, §. *Quod si is, de liber. & posthum. n.* 3. Que es lo que aqui

se

puede considerar; pues aunque el señor Conde llamasse al Marques de Morata, por el respecto, y amor del señor Marques su Padre, no por esso dexa tambien de estar llamado por su proprio afecto, siendo su deudo, y estando el mayorazgo fundado entre los de la familia, quo casu, aun los hijos no nacidos, se tienen por contemplados, Menoch. *conf.* 151. *num.* 15. ibi: *Et si enim filij illi nõ sint adhuc procreati, & in rerum natura, attamẽ etiam eorum causa, & contemplatione hac speciali concessum est feudum, & conf.* 161. *num,* 35. *& seqq.* Y a lo sumo solo se puede juzgar el señor Marques por causa remota del llamamiento de su hijo, que no le aprouecha para la inclusion que pretende, Thom. Sanch. *d. lib. 6. disp* 26. *num.* 6. como lo que se dà al socio propter societatẽ, nõ adquiritur societati, sed ipsi, quando la cõpañia no fue el motivo proximo, *l. Sociũ qui in eo, §. fin. ff. pro socio*, ibi: *Nam nec compendiũ, quod propter societatem ei contigisset, veniret in medium, veluti si propter societatẽ hæres fuisset institutus, aut quid ei donatum esset.*

328 Ni serà replica si se dixere, que no tanto se mouiò el señor Conde por el parentesco, quanto por la amistad que professaua con el señor Marques; porque concurriẽdo estos dos titulos, siempre el de la consanguinidad preualece; y no se atiende al de la amistad, ò remuneracion, *l. Tutor* 28. *§.* 1. *de excusat.* Palac. Rub. in his terminis *in Rub. de donat. int. gloss.* 45. *n.* 16. ibi: *Præsumitur siquidẽ inter coniũctos, potius ex naturali affectu, quam ex alia causa donationem fieri,* Matienç. *in l.* 3. *tit.* 9. *lib.* 5. *gloss.* 4. *num.* 2.

329 Lo tercero dezimos, que no se ajustan a este pleito los terminos de contemplacion, de que los Abogados del señor Marques se valẽ, quando fuera cierto que el señor Cõde por su respecto huuiesse llamado a sus hijos, y descendientes; porq̃ aunque se dize vulgarmente, que lo donado se adquiere a la persona cõtemplada, y no al donatario. Esto se entiende, solo en èl hijo, que se halla debaxo de la patria potestad, en el tiempo en que se confiere la donacion, Bart. *in d. l. Gallus, §. quod si his num.* 2. vbi Castr. & Aretin. *de lib. & posth.* Alciat. *d. reg.* 1. *præsumpt.* 18. Thom. Sanch. *d. lib. 6. disput.* 26. *nu.* 11. *vers. Quarto, & nu.* 20. *vers. Ad quartum,* Surd. *d. conf.* 177. *num.* 45. Menoch. *lib.* 3. *præsumpt.* 26. *num.* 13. *&* 24. *&* 25. *& præsumpt.* 28. *num.* 4. *& conf.* 81. *num.* 53. ibi: *Donatum alterius contemplatione acquiritur illi, cuius contemplatione est datum, modo is cui datum sit in potestate illius, & ei acquirere possit, secus si nõ posset, vt quando filio contemplatione patris donatur, patri adquiritur, cum filius sub illius potestate est, si vero est emancipatus non acquirit, & ratio est, quia extraneus non extraneo, sed sibi acquirit.* Y aun en este caso pudiera ser solo para el efecto de que lo que gozasse el Marques de Morata, lo adquiriesse el señor Marques; pero no para tener llamamiento anterior como pretende.

330 O para que lo reconociesse el Marques, como profecticio, y venido de la mano del señor Marques su padre, que es a lo que se alargan los textos q̃ hablan en esta materia, *l. profectitia, §.* 1. *de iure dot. l. sed*

si plures , §. *in arrogato* , *de vulg*. nò negando que adquiere el donatario con esta calidad lo que se le dà por contemplacion de otro , como se prueua de la *l. seruus communis* 38. §. 1. *de donat. int. l. site invacuam* 23. *C. eod. l. si mater* , *l. si consentiente* , *C. de donat. ante nupt*. Y assi en la question de si lo donado por los parientes del marido, y por su contemplacion a la muger , se le adquiere a ella, ò al marido , es lo cierto , que se le adquiere a la muger , para que lo retenga , como donacion hecha por su mismo marido , y que se confirma con su muerte , Ant. Gom. *in l. 50. Taur. nu.* 67. ibi: *Si vero dentur a consanguineis mariti vxori eius constante matrimonio , censentur, donata ipsi marito , & a marito donata vxori , & per consequens cōfirmātur morte mariti*, Ioan. Garc. *de coniung. ac quæsti num.* 106. que defiende lo mismo , y responde a la replica q̄ se podia hazer en aquellas palabras: *Nisi intelligas donationem nunquam fuisse factam vxori, sed viro , quantumuis intercesserit vxor, quod mihi est difficillimum*, y pondera las leyes, que todas dizen lo adquiere el donatario , Manuel Mendez *in l. cum opportet* 1. *part. verb. ex eius substantia num.* 9. *C. de bon. quæ liber*. De que se infiere quan ociosamente se mezclan en este caso las doctrinas de donaciones, hechas por contemplacion de alguno; pues nunca la cōtemplacion puede producir el efecto, de que el señor Marques sea llamado primero que sus hijos.

331 Y solo la questiō deste pleito , es la que propusimos in prima a num. 496. si aunque aya la contemplacion, que el señor Marques pretēde, y la verisimil, y congeturada mente del señor Conde, y la igual , ò mayor razon para que tenga substituciō anterior a la de sus descendientes (quod omnino negamus) se deue hazer extension en los fideicomissos de persona ad personam, etiam ex verisimili mente disponentis, y no se puede negar, que la opinion de que ni cō todas estas circunstancias, se dà extē sion a persona subintelecta, y extrinseca, es la mas comun , y la mas bien fundada, *l. si quis ita* , §. *penult. de testament. tut. l. si ita stipulatus fuero*, §. *Chrisogonus, de verb. oblig. l. quotiens de hæred. instit.* ibi: *Neque eum quem voluit, quoniam scriptus non est*, Aretin. *in l. Gallus* , §. *& quid si tantum de liber. & posth. nu.* 18. Bart. *in ead. l. in princip. num.* 9. Roland. *cons.* 49. *n.* 38. *& seqq. lib.* 2. Farinac. 1. *part. fragm. verb. Extensio num.* 287. Mātic. *lib.* 3. *de coniect. tit.* 19. *num.* 8. Fusar. *quæst.* 460. *num.* 9. Surd. *cons.* 55. *num.* 24. *& cons.* 67. *num.* 39. Latè Casanate *cons.* 4. *a num.* 59. *& a num.* 66. & præter hos, citamos otros muchos in nostra *num.* 498. *& seqq.* y en el num. 500. lo probamos en los mismos terminos deste pleito , de no estar comprehendido virtualmente el Padre en la substitucion de los hijos, aunque huuiessen sido llamados por su contemplacion , y concurriesse la congetura verisimil , y la misma , ò mayor razon, con Horat. Barbat. *de fideicomm.* 1. *part. cap.* 4. *a num.* 24. *& in propugnaculo veritatis per totū*, que imprimiò despues de aquel tratado en defensa desta opinion. Y con Fusar. *quæst.* 459. que en el caso contrario de estar llamado el Padre , defiende no se dà extension a sus hijos,

data

data paritate rationis, & ex coniectu rata voluntate testatoris.

332 Y aunque el señor Luis de Molina *lib.1.cap.4.num.25.cū seq.* fue de opinion, que en los mayorazgos se dà extensiō de persona ad personam, reconoce, que la contraria es mas comun: y en el *lib.3.cap.5.num.23.* no se fixa en ella, sino es con algunas reglas que propone; y la principal: *Quod persona ad quam fit extensio, saltim sub lata verborum significatione comprehendatur*; y lo mismo auia reconocido, ex sententia Aretin. *d.cap.4.num.25.vers. Immò quod plus est*, y es la distincion ordinaria con que sacan los Authores la materia de duda; que si en algun modo, aunque sea por lata, ò impropria significacion, ò por calidad inherente, se puede comprehender la persona extrinseca, se haga la extension, y no se haga en el caso contrario, *l. Senatus consulto 59. de rit. nuptiar. l. filium ab eo 14. ad Senat. Consult. Macedon.* Farinac. *in fragm. 1. part. verb. Extensio num.* 283. Menoch. *lib.4. præsumpt.65. num.*38. Mantic. *lib.3. de coniect. tit. 19. num. 8. vers. Secundo*, Peregrin. *art.11. a num.*33. Fusar. *quæstion.* 458. *numer.* 20. & 21.

333 Y como probamos in prima num.496. y se nos concede aora en la respuesta del señor Marques, *num.727. & seq.* en el llamamiento de los descendientes varones, y hembras del señor Marques, no se comprehende el mismo, propria, ni impropriamente, ni por larga significacion, vnde, no se puede hazer extension a su persona, ni ha de ser visto estar llamado antes que ellos. Y se ha de advertir, que el caso en que admite el señor *Molin.* por la verisimil voluntad, extension de vna persona a otra, es en el que se acabara el mayorazgo de otra manera, por auer faltado los llamados; y pondera, que la razon de perpetuidad contiene implicitamente llamamiento de todos los de la familia: pero en este pleito no se siguiera este inconueniente; porque solo es la disputa, si la sucession ha de empeçar en el Marques de Morata, ò en el señor Marques su Padre, durando siempre el mayorazgo, y su perpetuidad, y assi no biē se aplica a estos terminos la doctrina del señor *Molina*.

334 Con las proposiciones que dexamos assentadas cessa todo quāto en contrario se pōdera en esta primera parte de la inclusion subintelecta del señor Marques; y para mayor manifestacion, iremos recorriēdo los numeros de su respuesta breuemente. En el 702. & seq. traen los textos vulgares de la *l. profectitia, §. 1. de iur. dot.* y la *l. sed si plures, §. in arrogato de vulgar*, para que se atienda a la persona contemplada; pero esto tiene las inteligencias referidas. En el num.704. se alega la *l. si filio familias 23. de donat. cauß. mort.* Y es contraria a su intēto; porque en ella, auiendose hecho vna donacion causa mortis, a vn hijo de familias, se dize que si muere antes q̄ el donador, viuiendo el Padre, compete condicion al que hizo la donacion: porque se desvaneciò con la muerte del hijo, y se atiende mas a su persona, que a la del Padre; y lo mismo procede en el esclavo, *l. vltim. ff. eod.* ibi: *Si servo mortis causa donatum sit, videamus*

mus cuius mors inspici debeat, vt sit locus conditioni, domini an ipsius serui, sed magis eius inspicienda est, cui donatum esset: y assi es yerro dezir, que la condicion de que hablan estos textos, compete al padre, o al señor; porque no compete, sino al donante, por la muerte del hijo, o del esclauo donatarios. Y el lugar de Menochio *lib.3.præsumpt.28.num.11.* que habla en donacion hecha al hijo, contemplatione patris, se ha de entender con las distinciones que dexamos fūdadas; y lo mismo todo lo que se alega en los numeros 705.706. & 707 que es de la misma materia de contemplacion.

335 En el *num.708.& seq.* dizen que basta el virtual llamamiento para el juizio de tenuta; pero lo contrario dixerō Mier.3.*part. quæst.* 24.*num.*3. y otros que alegamos in prima nu.61. y don Iuan del Castill. *tom.3.cap.24.num.93.* En el num. 710. traen algunos autores que prueuan, que se da extension de vn caso a otro, por verisimil interpretacion, y esta no es nuestra disputa, sino si se da extension de persona ad personam, que es mucho mas dificultosa, D. Molin.*lib.1.cap.4.num.4.* Casanat. *cons.4.num.74.* Fusar.*quæst.460.nu.* 4. En el num.711. dizen que basta la virtual comprehension, para que en quanto a ella sea executiuo el testamento del año de quarenta y dos, en fauor del señor Marques, y antes es cierto lo cōtrario, quando la substitucion no es tacita, sino suplida por verisimil congetura, Carleual *de iudic. tom.2.tit.3.disput.5.num.21.* ibi: *Quamuis itaque testamentum habeat paratam executionem quo ad immissionem in possessionem bonorum defuncti, ratione substitutionis tam expressæ, quam tacitæ, non habet paratam executionem, ratione substitutionis extēcensæ ex verisimili testatoris mente, & cōiectur ata eius voluntate.*

336 En el *num.712.& seq.* se quiere inducir para este pleyto la *l. fin.C.de institut.& substit.* que es remotissima al intento: porque en ella solo se prueua, q̄ aunque en la substitucion vulgar expressa, se contiene la tacita pupilar, *l.quamuis, C. de impub.& alijs substit.* Fusar. *quæst.28.* esto no se entiende contra la madre, idem Fusar.*quæst.157.* que sucede en la herencia de su hijo por la disposicion de la ley, excluyendo al substituto pupilar tacito, que se fundaua en el testamento paterno. En el *nu.* 714.*cum duob.seq.* se haze otra ponderacion tan violēta como la passada de la *l.fin.de hæredib.instit.* y el caso que en ella se propone es diferentissimo: porque el que hizo el segundo testamento, declarò el error con que reuocaua el primero, pensando que los herederos instituidos en el, eran muertos, y el señor Marques no se halla llamado en ninguna fundacion anterior, que reuocasse el señor Conde, tomando presupuesto falso, y era menester para que se aplicara a los terminos, concurriesse vno, y otro.

337 La doctrina de Bald. *in l. fin. C. de vsufruct. num.10.* alegada en el num.717. es contraria, y no a fauor del señor Marques: porq̄ *Bald.* enseña en aquel lugar, que la donacion hecha al padre, y al hijo, sin mēcion de la patria potestad, en duda se juzga hecha al hijo, si lo que se le da

es de calidad, que se le puede adquirir, ibi: *In dubio censetur relictum filij contemplatione; quia persona patris videtur adiecta ad demonstrationem filij*. Y luego prosigue, que si ay duda en si se puede adquirir al hijo, pende del futuro euento la determinacion, de tal modo, que no pudiendose adquirir al hijo, se adquiere al padre, y al reves, y esto mismo con *Bart.* y el mismo *Bald.* y otros dize Menoch. *lib.3.præsumpt.28.num.8.*

338 En el *num.718. & duob. seq.* se pondera muy de espacio la *l. tale pactum, §. fin. de pact.* para la cõsideracion vulgarissima, de que se ha de atender a lo que el testador verisimilmente dispusiera, si se le ofreciera la duda, y quando mucho esta ley prueua, que ex verisimili coniectura se da extension de vn caso a otro, y esto si por las palabras del mismo testamento se induce la voluntad, Castill. *tom.4.cap.12.a num.8.* pero no basta la verisimilitud para suplir persona diferente en los llamamientos, y mas no auiendo palabra de que se pueda colegir la comprehension del señor Marques, vt diximus sup. num.

339 En el n.721. con los dos siguientes, se alega a Greg. Lop. *in l. 21.tit.5.part.6.glos.3.* que porque aquella ley es concordante de la *l. fin. de hæredib. instit.* mueue vna question del que haze mayorazgo en el hijo segundo, por pensar que el primero era muerto, con tal prefacion; *quia fortuna fuit, quod non potui eam facere in filium primogenitum*, y por esto dize, que si huuo error, se ha de juzgar el mayorazgo hecho en el hijo mayor; pero añade: *Aduerte tamen; quia differt casus iste a casu legis huius: quia in ista lege interuenerat prima institutio, in casu nostro non, sed tacite etiam hic videtur eam facere, arg. l.3.C. de inofficios. testam. cogita*, de modo, que aun con auer dado la causa el fundador, de hazer mayorazgo en el hijo segundo; porque el primero era muerto, y siendo falsa, no se atreuio *Greg, Lop.* a resoluer, que tenia llamamiẽto el primogenito, por no auer disposicion anterior en que estuuiesse instituido, como en la *l. fin. de hæredib. instit.* Y el señor Marques, que ni està llamado en otro testamẽto, ni en el de 42. ay palabra de que se induzga error en el señor Conde, para no acordarse del, aplica para su inclusion esta doctrina.

340 En el *num.724. cum sequentib.* dizen, que no basta lo vulgar, *substitutio de te nõ loquitur*, quãdo ay verisimil cõgetura para la extẽsion, ex *leg. Titius, §. lucius de liber. & posthum.* & D. Molin. *d. lib.1. cap.4. num.24.* Pero estas autoridades proceden en extension de casu ad casum, que aora no disputamos; respõden tambien que la alegacion ordinaria, quod non sit attendenda volũtas, quæ non transit in dispositionem, ex *l. quidam cum filium, de hæredib. instit.* Castill. *tom.4.cap.11.* tiene lugar, ex D Molin. *d.cap.4.num.28.* *quando testator nullum verbum expressit, quod saltim ex larga, ac generali interpratatione, id comprehendere possit*, que es lo mismo que dezimos concurre en este caso, en que no se pondera palabra alguna del testamẽto del año de 42. que sea apta a comprehender al señor Marques, proxima, ni remotamente: porque solo se

funda en el llamamiento de ſus deſcendientes,que es opueſto a ſu incluſion,vt in prima num. 496. y ſe nos confieſſa num.727.& ſeq. Y ſin embargo quieren ſe tenga por llamado antes que ellos,coſa impoſsible, no auiendo palabra para inducir la cõprehenſion.

341 En el num.729.& ſeq. dizen,que el ſeñor Molin.*d.lib.* 1.*cap.* 4.*num.*25.fue de opinion que en los mayorazgos por la congeturada voluntad,ſe da extenſion de perſona ad perſonam,a que reſpondimos ſup.n.

Y que la *l.ſi quis ita,§.ſi quis de teſtamentaria tutela*,procede ſolo en tutela,y no en otra materia. Y el ſeñor Molina no tuuo por cierta eſta interpretacion, y pone el verdadero ſentido deſta ley en el *num.*27. *verſ. Verus*,que es contrario al intento de los Abogados del ſeñor Marques, como ponderamos ſup.num.

342 A num.731. quieren reſponder a Horat.Barbat. *de fideicommiſ.*1.*part.cap.*4.*a num.* 24. que en los miſmos terminos deſte pleito, defendiò,que ni por contemplacion, ni por voluntad veriſimil,ſe puede cõprehender, ò entender llamado primero el padre, en el llamamiento de ſus hijos,y deſcendientes, y ſe paſſan ſin darle alguna ſatisfaciõ; y ſolo por que a ſu propoſito induxo la *l.qui liberis,§.hæc verba de vulgari*, dizen, que eſte texto no procede quando ay voluntad del teſtador: y lo que prueba aquella ley,y la *l.*3.*ff.eod.*es,que ſi el que inſtituyò por ſus herederos a vn hijo de familias, o a vn eſclauo, añade,que ſus herederos lo ſeã tambien de ſu hijo,no ſe preſumen ſubſtituìdos el Padre,o el ſeñor, aunque auian adquirido la herencia, mediãte la perſona del hijo, o del eſclauo; porque ſin embargo no ſon herederos por la diſpoſicion del teſtador, ſino por la de la ley:y aſsi muy bien arguye della *Barbat.* que en el llamamiento del hijo,no ſe contiene por la voluntad del teſtador,el Padre, aunque ſe le adquiera la herencia por el efecto de la patria poteſtad,que es caſo mas apretado.

343 En el *num.*735. *cum duob. ſequent.*concluyen eſta primera parte,que mira à ſi eſtà llamado el ſeñor Marques virtualmẽte, diziendo,que el motiuo que diſcurrimos in prima num.503.para no eſtarlo, de los caſamientos, es fingido; porque el ſeñorCõde no puſo tal gravamen a los deſcendientes del ſeñor Marques; y para conuencimiento deſta reſpueſta,remitimos a ſus Abogados, a que lean las clauſulas, memor. num. 95. & 96.que eſtàn inmediatas al llamamiento de los deſcendientes del ſeñor Marques,y reconocerã ſi es meneſter adivinar para entender lo que contienen, y las ponderamos ſupra num.

344 Aviendoſe dilato demaſiado en la incluſion ſuplida del ſeñor Marques, ſe detienen muy poco en reſponder a lo principal,que ſe funda in noſtra a num. 505. en excluſion, no ſolo del Marques de Mortara, ſino del ſeñor Marques ſu Padre, aunque tuuiera llamamiento expreſſo; y ſolo en el nũ.738. & ſeq. ſe remiten a ſu primer papel a num.24.vſque ad 51.que es el ſocorro ordinario, de q̃ ſe aprouechan, quando la reſpueſta no es facil;y alli ſe verà,que a ninguna de las conſideraciones hechas en nueſ-

tra informacion satisfacen, y que ni aun leuemente las tratan.

345 En el num.740. & seq. dizen, q̃ todos nuestros argumentos para la suspension que fundamos, introduxo el señor Conde, acabada su descendẽcia, los trae el señor Molin. *lib.*3.*cap.*10.*a num.*16. en la questiõ, de si se ha de atender al tiempo de la vacante, para que irrevocablemente entre en la sucessiõ, el que entonces se halla inmediato, sin esperar a que sobreuenga, el que si fuera nacido en aquel tiẽpo, tuuiera mejor derecho, y q̃ resuelve, q̃ no ha de auer suspensiõ. Y esta replica nos la hizimos in prima numer. 526. Pero en los numeros siguientes probamos, q̃ assi el señor *Molina*, como los demas Autores de vna, y otra opiniõ, assiẽtã por cõstãte q̃ tiene lugar la suspẽsiõ, quãdo de la expressa, ò cõgeturada voluntad del testador, se induce q̃ lo quiso assi. Y q̃ el señor Cõde ordenasse expressamẽte se suspẽdiesse la sucessiõ en su casa de S. Lucar, faltãdo sus descẽdientes, hasta auer hẽbra posseedora, ò inmediata sucessora en la casa de Oliuares q̃ casasse con posseedor, ò inmediato sucessor dela de Medina delas Torres, Toral, ò Villamãrique, se cõuẽce de lo que discurrimos por el tenor de las clausulas in prima a n.508. Y tãbien probamos, q̃ quãdo faltara la disposiciõ expressa, se manifestaua el mismo animo de introducir suspension en aquel tiẽpo, por diferẽtes congeturas põderadas a n.527. Y a nada desto dã satisfaciõ los Abogados del S. Marques, siẽdo el principal assumpto del articulo quarto, y solo desde el n.741 dizẽ, q̃ las suspẽsiones, q̃ el señor Cõde hizo, fuerõ cõ el presupuesto de q̃ al tiẽpo dela vacãte, por falta de toda su descẽdẽcia, huuiesse en la casa de Oliuares hẽbra posseedora, ò inmediata sucessora: pero q̃ no sucedio este caso, y q̃ assi cessa la suspẽsiõ, y no se dan por entẽdidos de lo q̃ cõtra esto replicamos *a n.*524. *& a nu.*529.

346 A la ponderacion que hazemos *num.*537. *cum seq.* de que aun no auiendo suspensiones, todavia no puede suceder el Marques de Morata, por estar delante del substituidas todas las hijas del señor don Luis de Haro, por la clausula mem. nu. 94. se remiten los Abogados del señor Marques a su primer papel a num. 32. donde dizen, que las palabras: *Y si lo que Dios no quiera, faltaren descendientes hembras de don Luis de Haro mi sobrino, ò auiendolas no se casaren, como dicho tengo*, no pueden comprehender mas que las hembras posseedoras, ò inmediatas sucessoras de la casa de Oliuares, que eran las que en lo dispositiuo estauan solamente llamadas, y que siempre lo condicional se regula por lo dispositiuo. Sed respondetur.

347 Que estãdo puestas en cõdicion las descendiẽtes hembras del señor Don Luis, es visto estar llamadas, D. Molin. *lib.* 1. *cap.*6. *num.* 2. Y no conteniendose en esta substituciõ la calidad de posseedoras, ò immediatas sucessoras, estàn absolutamente llamadas todas, aunque no la tengã; y no importa, que en lo antecedente estuuiessen solo substituìdas con tal calidad; porque sin embargo, no es visto auerla repetido en lo condicional, etiam con palabras que denotan repeticion, si es en oracion separada, y independiente, y entre distintas per-

ſonas,ex veriori, & receptiori ſentẽtia,D. Molin.*lib.3.cap.5.num.56.& num.59.* Alex.Trentacinq. *de ſubſtit. part.4.cap.7.num.* 11. Peregrin.*de fideicommiſ.art.25.num.* 33. Caſtill. *tom.2.cap.4.d.num.* 131. Y quando en lo diſpoſitivo eſtàn ſolo llamados los hijos varones, ſi en lo cõdicional eſtàn abſolutamente pueſtos los hijos,ſin la calidad de varones,no ſe ha de repetir en ellos,Simon de Præt. *de interp.vlt.vol.lib.2.interpret.3.dub. 1.ſolut.3.num.*85,Fuſar. *quæſt.*403. *num.*32. La razon es;porque aunque la ſubſtitucion ſe regula por la inſtitució,*l.1.C.de impub.& alijs ſubſtit.* Eſto ſe entiende,en quanto a las porciones hereditarias, pero no en quãto a las calidades extrinſecas, *l. ſub conditione, de hæredib.inſt.* Maſcard. *concluſ.*1351.*n.* 18. Menoch. *lib.*4. *præſump.* 178. *n.* 17. Caſtill. *d.tom.* 2.*cap.*4.*n.* 106. Fuſar.*quæſt.*12.*nu.*7.

348 Pero quando concedamos, que en lo condicional deſta clauſula,no eſtan llamadas las hijas del ſeñor don Luis,ſino es con la calidad de poſſeedoras,ò indubitables ſuceſſoras,q̃ ſe dirà en las palabras ſiguiẽtes,donde diſpoſitiuamente el ſeñor Conde dize,*ſucedan las otras deſcendientes hembras de mis hermanas*, y eſto ſin añadirles la calidad de primo genitas, y las hijas del ſeñor don Luis de Haro,ſon nietas de la ſeñora Marqueſa del Carpio,hermana del ſeñor Conde Duque;y luego las buelue a poner otra vez en condicion abſolutamente,y ſin calidad alguna, ibi: *Y faltando las hembras deſcendientes de mis hermanas,llamo a los deſcendientes varones,y hembras de don Diego Meſia,oy don Diego Felipez de Guzman mi primo, Marques de Leganes.* Y aſsi ha ſido adelantarſe mucho,pedir el Marques de Morata la tenuta en virtud de vna diſpoſicion en que tiene llamamiento ſuſpendido por diferentes ſuceſſos,y caſos, y tan remoto,que le precedẽ otros muchos llamados antes.

349 En el *num.*748. *& ſeq.* dizen que los empleos no han de ſuſpender la ſuceſsion,y reſpondẽ a eſte argumento de q̃ no nos valemos, (omitiendo tantos como ponderamos) y nunca en fuerça de no eſtar comprada toda la renta que quiſo el ſeñor Conde goçaſſe el ſuceſſor en eſtos Eſtados,pretendemos la ſuſpẽſion,ſino por auerſe de aguardar el caſo de que la caſa de Oliuares entre en hembra deſcendiente del ſeñor don Luis de Haro,y ſolo in prima,n. 536.diximos q̃ vno ſe daua la mano con lo otro,y que los empleos ſe ayudauan con la ſuſpenſion introducida por el ſeñor Conde.

350 De todo lo que hemos diſcurrido aſsi en eſta reſpueſta, como en el primer papel,reſulta que el ſeñor Duque en eſte pleito funda de derecho,y que tiene por ſi todas las preſumpciones juridicas, que aſsiſtẽ a las diſpoſiciones del año de 45. en virtud de las quales el ſeñor Marques,y ſu hijo no compiten la tenuta,y poſſeſsion deſtos Eſtados,y ſolo en fuerça de vn teſtamento reuocado,y en que tienen tan dudoſos,y remotos llamamientos, lo pretenden embaraçar,y con opiniones que eſtã totalmente deſvanecidas:y aſsi eſperamos que ſe ha de determinar en fauor del ſeñor Duque.Saluo, &c.

...de ſu Mag. L.D.Luis de la Palma L.D.Frãciſco Enriquez L.D.Pedro de velaſco



